<36634226940017

Die

Konkursordnung

für

das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetz

und

dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Erläutert

von

Dr. Otto Frhrn. v. Völderndorff,

Kgl. Ministerialrath.

Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen".

Zweiter Band.

~~Erste Hälfte.~~

Zweite, vermehrte und vielfach umgearbeitete Auflage.

Erlangen.

Verlag von Palm & Enke (Carl Enke).

1884.

Die Fortsetzung dieses Bandes, welche bis zu § 209 reichen wird, befindet sich unter der Presse und wird in raschester Folge erscheinen.

Die Konkursordnung für das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetz

und

dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Erläutert

von

Dr. Otto Frhrn. v. Völderndorff,

Kgl. Ministerialrath.

Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen".

Zweiter Band.

Zweite, vermehrte und vielfach umgearbeitete Auflage.

Erlangen.
Verlag von Palm & Enke (Carl Enke).
1885.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Uebersicht des Inhalts

der

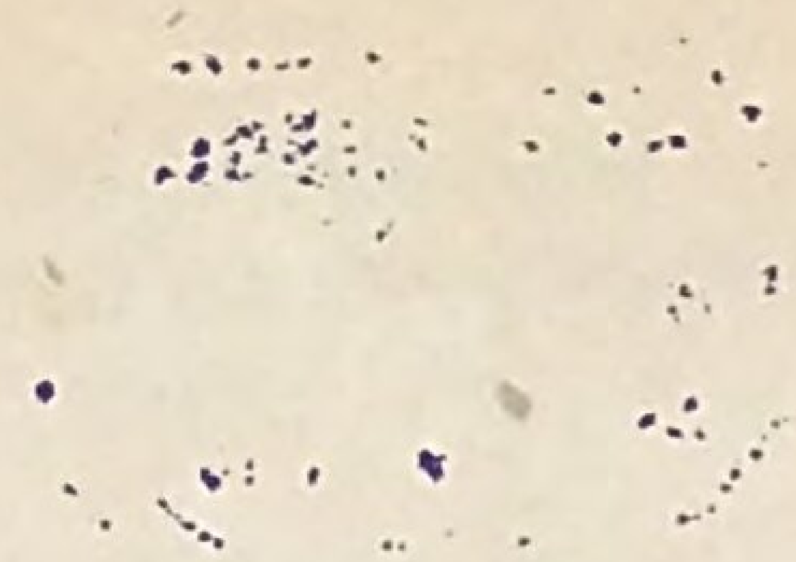
Zweiten Abtheilung.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

Konkurs=Verfahren.



Zweites Buch.

Konkursverfahren.

Einleitung.

§. 1.

Es ist bereits früher (Bd. I S. 12) des Näheren dargelegt worden, daß der Konkurs nicht ein Prozeß in dem engeren Sinne einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit unter bestimmten Parteien ist, daß also auch das Konkursverfahren nicht als eine besondere Prozeßart sich darstellt, sondern daß es als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des schuldnerischen Vermögens behufs verhältnißmäßiger Befriedigung der Gläubiger anzusehen und zu behandeln ist. Die Theilnahme des Gerichtes an dem Konkursverfahren kann dem ohngeachtet nicht als Ausfluß der freiwilligen Gerichtsbarkeit erachtet werden; „sondern immerhin steht dasselbe im Zusammenhange mit dem allgemeinen Prozeßrechte, es bleibt ein der Rechtspflege der ordentlichen Gerichte anvertrautes Verfahren, durch welches bürgerliche Rechtsansprüche zum Austrage gebracht werden sollen und in welchem richterliche Entscheidungen nicht zu umgehen sind. Schon der der Eröffnung zu Grunde liegende Konkursantrag kann streitig sein; in dem Laufe der Auseinandersetzung ergeben sich nothwendigerweise verschiedene einander entgegenlaufende Interessen, welche einer schlüßlichen Vereinigung durch eine höhere Autorität bedürfen; die Pflichten des Gemeinschuldners wie des Konkursverwalters, die Stellung des Vorgenannten zum Gläubigerausschusse und zur Gläubigerversammlung und der sonst am Verfahren betheiligten Personen geben zu gerichtlichen Anordnungen Anlaß.“ (Motive).

Alles dieses zeigt die Nothwendigkeit, das Verfahren selbständig[1]), wenn auch mit steter Rücksicht auf die Bestimmungen des allgemeinen Prozeßrechtes zu regeln, und ebendeßhalb kann man auch immerhin (wie der Regierungsvertreter Hagens in der Justizkommission einmal äußerte) die Konkursordnung zu den „Prozeßordnungen" im weiteren Sinne rechnen.[2])

§. 2.

Die soeben erörterte Natur des Verfahrens bringt es mit sich, daß die Thätigkeit des Richters in demselben weit weniger in bestimmt eingeschränkten Grenzen sich bewegt, als im eigentlichen Prozesse. Nur für einzelne Punkte sind ihm strikte Befehle ertheilt, so z. B. muß nach §. 100 im Eröffnungsbeschluß die Stunde der Eröffnung angegeben werden; der Gegenstand, über welchen die Gläubigerversammlung Beschluß fassen soll, muß nach §. 90 vorher bekannt gemacht werden; das Resultat der Forderungs-Prüfung muß in Gemäßheit des §. 133 in der Tabelle eingetragen werden; die Bestätigung des Zwangsvergleiches darf nur unter den Voraussetzungen des §. 168 gewährt werden; seine Bestätigung ist nach §. 175 öffentlich bekannt zu machen und Aehnliches.

Im Allgemeinen und als Regel aber begnügt sich die Konkursordnung damit, dem Richter diskretionäre Befugnisse einzuräumen, ihm gewisse Thätigkeiten zu gestatten, ohne sie ihm anzubefehlen. Das Wort „kann" ist das Bezeichnende für das Amt des Konkursrichters, es kehrt

---

1) Es fehlt bei demselben vor Allem die mündliche Verhandlung im Sinne der Civ.-Pr.-O. und es tritt häufig an Stelle der Verhandlungsmaxime das Offizialprinzip.

2) Aehnlich Hullmann S. 34 ff., Petersen S. XVIII., v. Sarwey S. XLIX Note 12, Stieglitz S. XIX., Wengler S. 36. Auch Fitting §. 2 stimmt im Allgemeinen Obigem bei und fügt mit Recht in Note 1 hinzu: „Es scheine die Thätigkeit des Konkursgerichtes im Konkursverfahren wie die nahe verwandte Thätigkeit des Vollstreckungsgerichtes im Zwangsvollstreckungsverfahren auf der Grenze der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu liegen, so daß die Zutheilung, wie bei jedem wissenschaftlichen Grenzgebiete, zweifelhaft sein kann. Wie schon oben erwähnt (Bd. I S. 14 Note 6), ist dagegen Schultze S. 126 ff. und nunmehr auch v. Wilmowski S. 36 für die Ansicht aufgetreten, daß das Konkursverfahren begrifflich und nach seiner Gestaltung in der K.-O. ein wirklicher Civilprozeß sei. So viel steht fest, daß auf das Konkursverfahren die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nicht ohne Weiteres Anwendung finden können.

immer und immer wieder (z. B. §§. 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 76, 79, 84, 93, 98, 99, 102, 111, 113, 148, 167, 183, 188, 190 und andere).

Ebenso sind fast nirgends bestimmte Fristen und Termine vorgeschrieben, sondern nur Zeiträume, innerhalb welcher sich der Richter frei bewegt (z. B. §. 102 „nicht über einen Monat hinaus", §. 126 „drei Wochen bis drei Monate", „mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate", §. 150 „nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus", §. 166 „nicht über einen Monat hinaus" u. s. w.).

Ich hebe diese Stellung des Richters besonders hervor, denn ich glaube, daß die richtige Auffassung desselben von Seite der Konkursleiter von der höchsten praktischen Bedeutung ist. Es wäre sicher nicht in der Intention des Gesetzes, wenn man in dieser arbiträren Gewalt Anlaß finden würde, jene unselige laxe Behandlung, Verschleppung und unsichere Leitung beizubehalten, die sich ehedem in den sogenannten „Debitwesen", „Präliminarverfahren", „Präparatorien" und wie man diese Dinge nennen mochte, für die Auseinandersetzung von Ueberschuldungen breit machte. Im Gegentheile dem Richter ist in der neuen Konkursordnung die diskretionäre Befugniß nur deshalb eingeräumt, damit er in der raschen und energischen Sachbehandlung nirgends gehindert wird. Er muß daher, will er dem Willen des Gesetzgebers gerecht werden, die ihm gewährte Latitude stets in der Richtung benützen, den Gläubigern möglichst rasch zu ihrem Rechte zu verhelfen; er muß immer nach Beschleunigung trachten, beständig die kürzesten Termine und regelmäßig die schärfsten Maßregeln als anwendbar ansehen und nur dann von der ihm ertheilten freien Stellung Gebrauch machen, wenn dies ebenso im Interesse der Gläubiger wie in dem des Gemeinschuldners gelegen erscheint, niemals aber aus Mitleid mit dem letzteren oder um diesem eine Wohlthat zu erweisen. Daß dabei immerhin eine coulante und den Verhältnissen Rechnung tragende Leitung des Konkursverfahrens nicht ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst.

§. 3.

Als Hauptabschnitte, in welche das gemeinrechtliche Verfahren zerfällt, sind früher[1]) das „Präparatorische Verfahren, das Liquidationsverfahren, das Prioritätsverfahren und das Distributionsverfahren" bezeichnet worden. Im jetzigen Kankursverfahren lassen sich[2])

1) Vgl. Abth. I S. 11 u. 12.

2) Vgl. Fuchs, Deutscher Concursprozeß S. 113. Eine andere Eintheilung gibt Fitting: I. Eröffnungsverfahren, bestehend aus

drei Theile unterscheiden. Den ersten Abschnitt bildet das **Eröffnungsverfahren** behufs Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Zweiter Titel) und behufs Versilberung der Theilungsmasse durch den Konkursverwalter (Dritter Titel). Diesem folgt das **Feststellungsverfahren,** in welchem die Schuldenmasse ermittelt wird (Vierter Titel), und zwar zuvörderst durch die Anmeldung der Forderungen, dann durch das Prüfungsverfahren, dessen Sache es ist, aufzuklären, ob eine angemeldete Forderung bestritten wird oder nicht, und endlich durch die Feststellung der bestrittenen Forderungen, in deren Folge der definitive Stand der betheiligten Gläubiger sich bildet. Den Schluß bildet das **Vertheilungsverfahren** (Fünfter Titel), in welchem die allmälige Ausschüttung der Masse vollzogen wird.

Zwei große Unterschiede vom früheren Verfahren sind sofort bemerkbar und zwar im zweiten Abschnitte. In diesem, dem Liquidationsverfahren, war es nach der vormaligen Gesetzgebung die Hauptaufgabe des Konkursgerichtes, die Verität und Liquidität der angemeldeten Forderungen festzustellen; im ersten Ediktstage waren die sämmtlichen Ansprüche zu begründen und für sie alle Beweisbehelfe beizubringen, der zweite Ediktstag war lediglich zur Bekämpfung der Anmeldungen bestimmt, der dritte Ediktstag endlich brachte die Schlußverhandlung in Replik und Duplik. Es war sonach ein gemeinsamer großer Rechtsstreit Aller gegen Alle vorhanden, dessen Entscheidung dem Konkursrichter oblag. Ganz anders in der gegenwärtigen Konkursordnung. In dieser reicht die Thätigkeit des Konkursrichters nicht weiter, als zur Konstatirung der unbestrittenen Forderungen; sobald eine Anmeldung nicht allseitig anerkannt wird, ist die Abwicklung der hiedurch entstehenden Streitigkeit nicht mehr Gegenstand des Konkurses, sondern dem betreffenden Gläubiger bleibt es überlassen, die Verität und Liquidität seines Anspruches in gesondertem Verfahren zu betreiben. In dieser Hinsicht also kehrt die Konkursordnung zum früheren gemeinrechtlichen Verfahren zurück, in welchem gleichfalls die Einwendungen des Kontradiktors und

---

einem Vorverfahren, dessen Aufgabe es ist, das Dasein der zur Verhängung des Konkurses erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen und sodann aus den Maßregeln, welche das Konkursgericht zu treffen hat, um die Konkursmasse zu sichern und das eigentliche Konkursverfahren in Gang zu bringen. II. Erledigung des Konkursverfahrens 1) durch Vertheilung, wobei a) die Herstellung der Theilungsmasse, b) Ermittlung der Schuldenmasse und c) das eigentliche Vertheilungsverfahren unterschieden werde, 2) durch Zwangsvergleich, 3) durch Einstellung.

der Mitgläubiger gegen die einzelnen Ansprüche nicht wie die Anmeldungen in ein allgemeines Protokoll aufgenommen wurden, sondern über die Liquidität jeder einzelnen Forderung ein eigenes Verfahren in separirten Spezialakten eingeleitet werden mußte [3]). Allein während im Gemeinen Rechte für Entscheidung aller dieser Prozesse das Konkursgericht zuständig blieb, und wenn auch im Allgemeinen die gewöhnlichen Prozeßregeln galten, doch der Liquidationsprozeß sich als eine besondere Gattung von summarischem Verfahren charakterisirte [4]), geht im jetzigen Verfahren der Prozeß einfach an die gewöhnlichen Gerichte über und wird im ordentlichen Verfahren verhandelt. Die einzige Ausnahme hinsichtlich der Zuständigkeit ist eine örtliche, indem nemlich alle neu [5]) zu erhebenden Feststellungsklagen zur Kompetenz des Amtsgerichtes oder Landgerichtes des Bezirkes, in welchem der Konkurs anhängig ist, gewiesen sind.

Folge dieser Separirung ist, daß jetzt der Konkurs kein Prioritätsurtheil mehr kennt, — wohl die wichtigste Aenderung.

Das Prioritätsurtheil des Gemeinen und des Partikularrechtlichen Konkursprozesses war die Zusammenfassung der Entscheidungen über alle Arten von Ansprüchen nicht nur an das Vermögen des Schuldners, sondern überhaupt an Alles, was bei ihm vorgefunden wurde. Zuvörderst wurden demnach in einem solchen Gesammtergebnisse die Vindikanten und Massegläubiger aufgeführt und über ihre Befriedigung das Geeignete verfügt, dann kamen die Konkurskosten zur Sprache, nun folgten alle einzelnen Gläubiger, denen die Theilnahme an der Masse gewährt wurde und zwar wurde sowohl über den Betrag ihrer Forderungen als über die Reihenfolge, in welcher sie im Verhältnisse zu den anderen zum

---

3) Vgl. v. Bayer, Theorie des Concursprozesses §. 58: Fuchs, Concursverfahren §. 18

4) Vgl. z. B. Schweppe, System des Concurses § 134: „Der Richter braucht aus Rücksicht auf das Interesse der Gesammtgläubiger, abweichend von den sonstigen Prozeßregeln, gegen Zurückbleibende die Ungehorsamsbeschuldigung nicht erst abzuwarten, er soll keinem Einzelnen unnöthige Dilationen bewilligen, und wenn dennoch Einzelne zurückbleiben, sie durch gehäufte und abgekürzte Termine zu außerordentlicher Thätigkeit zwingen. — Der Beweis wird nach der summarischen Natur des Liquidationsprozesses, ohne ein Beweisinterlokut und ohne einen Beweistermin abzuwarten, wenigstens mit der Replik und Duplik verbunden" u. s. w.

5) Bereits anhängige Rechtsstreite über bestrittene Forderungen werden einfach wieder aufgenommen, vgl §. 134 Abs. 3 der KO.

Zuge kommen sollten, erkannt und endlich wurden sogar diejenigen Ansprüche erwähnt, die Nichts bekamen, die „aus der Gant gesetzt“ wurden [6]).

Die Reichs-Konkursordnung weist alle Aussonderungsansprüche und alle Absonderungsrechte aus der Reihe der Konkursforderungen, sie läßt bestrittene Forderungen außerhalb des Konkurses austragen und schränkt überhaupt die Thätigkeit des Konkursrichters in Bezug auf Aburtheilung über Rechte und Pflichten auf das Aeußerste ein. Sie bedarf daher keines Prioritätserkenntnisses. An dessen Stelle tritt eine vom Gerichtsschreiber geführte Tabelle (§. 122), in welche das Gericht die Ergebnisse der Feststellung aller einzelnen Forderungen einträgt (§. 133). Die Folgen der bisher erörterten Aenderungen für den ganzen Gang des Verfahrens sind natürlich durchgreifende und tief einschneidende; für den praktischen Gebrauch aber würde es wenig nützen, dieselben hier zusammenzustellen, noch weniger ist, nachdem das Gesetz einmal besteht, Anlaß gegeben, über die Vortheile und Nachtheile der eingeführten Reform zu sprechen.

§. 4.

Es ist oben bemerkt worden, daß das Konkursverfahren den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist; in einem Punkte indessen schlägt noch immer die summarische Natur desselben durch, indem nämlich auf Grund des Gerichtsverfassungsgesetzes §. 204 für das Konkursverfahren die „Ferien ohne Einfluß“ sind. Aus der Fassung dieser Vorschrift, welche nicht bloß dahin geht: „für das Konkursgericht finden keine Ferien statt“, sondern „die Ferien sollen überhaupt auf das gesammte Konkursverfahren keinen Einfluß üben“, könnte man folgern [1]), daß auch diejenigen Streitigkeiten, welche zur Austragung an die zuständigen Gerichte im

6) Solch' ein Prioritätsurtheil war eine Art Meisterstück für den angehenden Jünger der Themis; der alte Bayerische Gantprozeß von 1616 Tit. III Art. 7 bewilligte zur Abfassung eines solchen opus mirabile mehr nicht als drei Monate in Allem, welches aber, sagt Kreittmayr (ad Cap. XIX §. 15 lit. d), nach dem Zeugnisse des Baron Schmid niemals beobachtet worden und (wie der bayerische Gesetzreformator menschenkennend beifügt) „auch in Zukunft wegen Menge anderer Sachen nicht wohl praktikabel ist“. Gott weiß es, daß dies nicht praktizirt wurde, und die Gläubiger, die oft Jahre lang auf das Lokationserkenntniß warten mußten, konnten auch von der Praktikabilität ein Lied singen.

1) Wie in Uebereinstimmung mit Wengler S. 418 in der ersten Auflage geschah.

ordentlichen Verfahren gehen, zu den Feriensachen gehören und ihren Fortgang auch während der Gerichtsferien haben müßten, weil andernfalls möglicherweise die Fortführung des Konkursverfahrens selbst behindert würde. Allein richtiger wird wohl jener Paragraph nur auf das bei den Amtsgerichten selbst schwebende Konkursverfahren (einschließlich der Beschwerdeentscheidungen) beschränkt und auf die mit dem Konkurse nur in Beziehung stehenden Prozesse (Aussonderungs-, Absonderungs-, Anfechtungs-, Feststellungsfragen u.s.w.) lediglich §.202 des Ger.-Verf.-Ges. angewendet, wonach es dem Antrage der Betheiligten und dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen bleibt, die Verhandlung auch während der Ferien zu veranlassen[2]).

---

2) Ebenso v. Sarwey S.539, Stieglitz S.416, v. Wilmowski S 303. Die Praxis in Berlin, München und Köln (nach Mittheilung meines Neffen Senatspräsidenten Merrem) hat sich derselben Ansicht angeschlossen.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Den Vorschriften über die einzelnen Theile des Verfahrens schickt das Gesetz im ersten Titel einige allgemein gültige Bestimmungen voraus. Sie betreffen die Organe des Verfahrens.

Die §§. 64—69 stellen die Zuständigkeit des Gerichtes fest und die Regel über das gerichtliche Verfahren mit Rücksicht auf die Vorschriften der Civilprozeßordnung.

Es folgen die §§. 70—78 über die Bestellung und Stellung des Konkursverwalters.

Organ der Gläubiger ist: der Gläubigerausschuß und die Gläubigerversammlung; über ersteren verbreiten sich die §§. 79—84, über letztere die §§. 85—91.

Die Stellung endlich des Gemeinschuldners im Verfahren bestimmen die §§. 92 und 93 [1]).

I. *). Das Konkursgericht und das Verfahren.

§. 64.

Zuständigkeit.

Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand [a]) hat.

Sind mehrere Gerichte zuständig [b]), so schließt dasjenige, bei

---

1) Aus den Motiven zum II. E. S. 293.

*) Diese Ueberschriften sind dem Inhaltsverzeichniß der Motive entnommen. Vgl. Abth. I S. 51 Note *.

welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt c) worden ist, die übrigen aus.

I. E. §. 73; II. E. §. 64; Pr. H. G. Art. 988 Ziff. 3; Art. 977; Pr. K. O. §. 115; B. P. O. Art. 1177.

a. (seinen allgemeinen Gerichtsstand hat).

Der §. 64 behandelt die Zuständigkeit zur Einleitung und Durchführung des Konkursverfahrens. Oertlich [1]) soll dieselbe sich nach dem allgemeinen Gerichtsstande des Gemeinschuldners bestimmen. Welches Gericht nun als dasjenige anzusehen ist, bei dem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist (gemäß §. 65 der K.-O.) nach den §§. 12—19 der Civ.-Pr.-O. zu beurtheilen [2]). Hiernach können sich Schwierigkeiten nicht ergeben, wenn der Gemeinschuldner im Deutschen Reich einen ordentlichen Wohnsitz hat.

1) Wie sich aus den Motiven ergibt, ist dieser Gerichtsstand für das Konkursverfahren ausschließend begründet; es kann also z. B., auch wenn die nach §. 30 der Civ.-Pr.-O. bei dem Gerichte des Meß- oder Marktortes erhobenen Ansprüche das Vermögen des Beklagten übersteigen, nicht etwa von diesem Gerichte der Konkurs eröffnet werden. Aber auch §. 22 der Civ.-Pr.-O. begründet nicht den Gerichtsstand für den Konkurs. Falls eine Fabrik, eine Handelsfirma, ein Gewerbeetablissement fallit wird, so kann nicht das Gericht, in dessen Bezirk die Fabrik, das Geschäft, das Etablissement, d. h. die Niederlassung sich befindet, den Konkurs eröffnen und durchführen, sondern nur dasjenige, in dessen Sprengel der Inhaber seinen Wohnsitz hat [3]). Auch das forum rei

---

1) Ueber die Gründe, weshalb die sachliche Zuständigkeit so, wie im Gesetze geschieht, geordnet wurde, insbesondere weßhalb die Konkurse nicht den Kollegialgerichten, sondern dem Einzelrichter zugewiesen wurden, und sodann, weshalb die kaufmännischen Konkurse nicht den Handelsgerichten übergeben sind, verbreiten sich die Motive zum I. E. (S. 2—6) [wörtlich zum II. E. S. 293 ff. wiederholt] ausführlich. Ich übergehe diese Ausführungen, weil sie für die lex lata ohne praktischen Nutzen sind.

2) Fitting, Lehrbuch des Civilprozesses §. 10; Hellmann, Kommentar S. 69 ff.; Seuffert, Kommentar (2. Aufl.) S. 12 ff.; Struckmann und Koch, Kommentar (IV. Aufl.) S. 9 ff. Die Motive zum II. E (S. 296) citiren auch noch §. 20 der Civ.-Pr.-O., allein dieser behandelt den Gerichtsstand des Fiskus und letzterer kommt doch hoffentlich nicht in Konkurs, vgl. oben Bd. I S. 9 Note 1.

3) Motive zum I. E. S. 2: „In vereinzelten Fällen könnte der Gerichtsstand der Niederlassung praktische Vortheile gewähren, eine generelle Ausnahme zu Gunsten desselben läßt sich jedoch nicht rechtfertigen".

sitae der §§. 25—27 der Civ.=Pr.=O. hat keinen Einfluß und insbesondere kann nicht mehr [wie dies ehedem in Bayern gesetzlich war [4])] der Konkurs da geführt werden, wo des Schuldners hauptsächlichster Grundbesitz gelegen ist.

3) Handelt es sich um den Konkurs über einen Nachlaß, so ist nach §. 202 der KO. das in §. 28 Abs. 1 der Civ.=Pr.=O. [5]) bestimmte Erbschaftsforum und zwar ausschließlich maßgebend. Die am Schlusse des §. 28 enthaltene Beschränkung, daß der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichtes sich befinden müsse und die Theilung desselben noch nicht stattgefunden haben dürfe, ist im §. 202 der KO. nicht wiederholt, es ist also, auch wenn der Nachlaß an einem anderen Orte als an dem letzten Wohnorte des Erblassers sich befindet, oder auch dann, wenn derselbe bereits getheilt ist [6]), im Falle eine Ueberschuldung des Nachlasses zum Konkurs über diesen Nachlaß führt, lediglich das Amtsgericht des Wohnsitzes des Erblassers zuständig. (Vgl. unten die Erk. zu §. 202).

3) Die Zuständigkeit für Konkurse über das Vermögen von Gesellschaften, Genossenschaften und Vereinen wird bei §. 193 ff. erörtert werden.

4) Da der Konkurs nothwendigerweise das Vermögen und nur das Vermögen betrifft, so könnte man annehmen, daß der im Civilprozesse vorkommende Gerichtsstand für vermögensrechtliche Klagen [7]) auch für das Konkursverfahren gelten müsse. Dies ist indessen vom Gesetze nicht gewollt. Wenn demnach z. B. ein Student oder ein Einjährig=Freiwilliger Schulden macht, so ist nach §. 21 der Civ.=Pr.=P. das Gericht am Universitätsorte und beziehungsweise am Orte der Garnison zur Behandlung dieser Schuldklage zuständig; sind die betreffenden Personen aber über=

---

4) Vgl. Bayer. GO. Cap. XIX §. 2.

5) Vgl. Hellmann a. a. O. S. 127; Seuffert a. a. O. S. 31 ff.; Struckmann a. a. O. S. 23.

6) In diesem Falle wird freilich, wenn die Erbschaft schon angetreten sein und dann nicht der Nachlaß sondern die Erben für ihre Person in Konkurs verfallen sollten, der Wohnsitz der Erben entscheiden.

7) Die Motive zur Civ.=Pr.=O. bezeichnen diesen Gerichtsstand nicht als „besonderen", vielmehr nur als „Uebergang zu den besonderen Gerichtsständen". Auch wird z. B. der Garnisonsort in der Doktrin (Seuffert, Kommentar zur Bayer. Ger.=O. Bd. I S. 55) als konkurrirender „militärischer Wohnort" neben dem „bürgerlichen" angesehen. Indessen die Motive zur KO. citiren die §§. 21 u. ff. nicht mehr, so daß sie für den Konkurs als nach der Intention des Gesetzes ausgeschlossen erachtet werden müssen. Die neueren Rechtslehrer sehen überhaupt den in §. 21 enthaltenen Gerichtsstand nicht als „allgemeinen" an.

schuldet und wird die Konkurseröffnung beantragt, so kann dies, auch wenn alle Gläubiger am Universitäts- oder Garnisonsorte sich befinden sollten, dennoch nicht beim Gerichte dieses Ortes, sondern nur beim Amtsgerichts des Wohnsitzes geschehen, nur bei diesem kann der Konkurs eröffnet werden.

5) Daß das forum necessarium (oder accessorium) des §. 17 der Civ.-Pr.-O.[8]) auch für den Konkurs maßgebend ist, bedarf keiner Erörterung. Wenn z. B. die Ehefrau des A, der in München Bureaudiener ist, sich dauernd im Bade Reichenhall als Modistin aufhält[9]), und sie geräth in Konkurs, so ist das Gantverfahren nicht in Reichenhall, sondern in München zu führen.

6) Prorogation findet im Konkursverfahren nicht statt. Eine stillschweigende Prorogation ist schon dadurch ausgeschlossen, daß eine mündliche Verhandlung im streng prozessualen Sinne (wie eine solche in §. 39 der Civ.-Pr.-O. vorausgesetzt wird) überhaupt nicht vorkommt[10]). Was die Prorogation durch ausdrückliche Vereinbarung betrifft, so ließe sich allerdings behaupten, daß sie im Konkurse deßhalb unthunlich erscheine, weil ihr das in §. 40 der Civ.-Pr.-O. verlangte Erforderniß der Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß jederzeit fehlen müsse. Indessen ließe sich hiegegen einwenden, ein vermögensrechtlicher Anspruch und damit ein bestimmtes Rechtsverhältniß, wenn auch zwischen mehreren Personen, liege immerhin vor. Um diese Einwendung zu beseitigen, hat das Gesetz das Wort: „ausschließlich" in den §. 65 der KO. aufgenommen. Im Hinbicke auf dieses Wort läßt sich nun nicht mehr bezweifeln, daß jedes andere Gericht als das Amtsgericht des allgemeinen Gerichtsstandes „ausgeschlossen" ist und daher auch nicht durch Vereinbarung zuständig werden könne.

7) Wie steht es nun aber, wenn der Gemeinschuldner keinen Wohnsitz hat? Die Civilprozeßordnung stellt für den Fall, daß der Beklagte keinen Wohnsitz im Deutschen Reich hat, zweierlei Gerichtsstände auf, einen im §. 18, den andern im §. 24. Man könnte nun wohl annehmen, weil das Konkursverfahren lediglich vermögensrechtliche Ansprüche betreffe, prävalire das forum des §. 24[11]); allein wie das Gesetz liegt, läßt sich

8) „Abgeleiteter Gerichtsstand", vgl. Fitting a. a. O. §. 10 Nr. II. Vgl. Hellmann a. a. O. S. 78 ff.; Seuffert a. a. O. S. 18 ff.; Struckmann a. a. O. S. 14.

9) Ohne daß eine Scheidung in Mitte liegt, natürlich.

10) Vgl. K. Prt. S. 59.

11) Und praktisch wäre dies auch nach meiner unmaßgeblichsten Ansicht gewiß nicht vom Uebel; v. Wilmowski S. 305 nimmt dieses forum an.

diese Anschauung nicht halten; denn nach den Motiven soll der Gerichtsstand im §. 24 der Civ.-Pr.-O. das forum arresti surrogiren und sonach dieser Paragraph nur ein Spezialforum begründen.

Man muß also unterscheiden:

I. Ist der Gemeinschuldner ein Deutscher und hat er im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz, so ist der Konkurs bei dem Amtsgerichte seines Aufenthaltsortes und, wenn er auch einen solchen nicht hat, bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes zu führen.

II. Ist dagegen der Gemeinschuldner kein Deutscher, so findet ein Konkurs über denselben nur dann statt, wenn er im Deutschen Reiche eine Niederlassung oder ein Gut (sei es als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter) inne hat [§. 208 der KO.[12]], und es ist hiedurch die Zuständigkeit gegeben.

III. Es erübrigen nun noch die Fälle:

1) daß für einen Deutschen weder ein gegenwärtiger Wohnsitz, noch ein Aufenthaltsort, noch ein früherer Wohnsitz nachgewiesen werden kann[13]) und

2) daß ein Ausländer im Deutschen Reiche weder eine Niederlassung noch ein Gut inne hat.

ad 1. Man könnte in diesem Falle eine analoge Anwendung des §. 36 der Civ.-Pr.-O. als angezeigt und die Aufstellung eines zur Durchführung des Konkurses zuständigen Amtsgerichtes durch die Obergerichte nothwendig erachten[14]). Indessen glaube ich nicht, daß hiezu ein Bedürf-

12) Wie jetzt der §. 208 der KO. gefaßt ist, scheint er ganz allgemein zu lauten und daher auch einen deutschen Schuldner zu treffen. Allein wie sich aus dem I. E. § 216 („über das im Inlande befindliche Vermögen eines Ausländers") ergibt, sollte die fragliche Bestimmung nur auf die Ausländer sich beziehen, und die Motive zum II. E. (S. 458) lassen keinen Zweifel, daß dies ohngeachtet der geänderten Fassung noch immer der Fall ist. Ohnehin würde doch wohl die Voraussetzung des mangelnden „Wohnsitzes" bei einem Deutschen, welcher ein derartiges Besitzthum im Lande hat, wie es der §. 208 bezeichnet, nicht anzunehmen, sondern sein Wohnsitz eben am Orte der Niederlassung oder seines Gutes für begründet zu erachten sein. A. A. wie erwähnt v. Willmowski.

13) Der Fall wäre nicht denkbar, wenn §. 18 der Civ.-Pr.-O. eventuell auch den letzten Aufenthaltsort erwähnen würde; denn um Schulden zu machen, muß man sich doch irgendwo aufhalten. Dagegen kann es wohl vorkommen, daß ein flüchtig gegangener Schuldner kein nachweisbares Domizil besitzt noch je besessen hat.

14) Es wäre dies eine Rückkehr zu jener gemeinrechtlichen Ansicht (vgl. Schweppe S. 186), wonach der Gemeinschuldner als „persona misera-

niß vorliegt. Denn ein Konkurs kann wohl nur dann vorkommen (vgl. §§. 99 und 190 der KO.), wenn ein genügendes Vermögen vorhanden ist. Sobald aber ein solches vorliegt, so ist durch analoge Anwendung des §. 24 der Civ.=Pr.=O. ein zuständiges Gericht gegeben[15]).

ad 2. Auch hier kann die Frage nur dann auftauchen, wenn der Ausländer zwar keine eigentliche Niederlassung oder Gut im Lande inne hat, wohl aber sonst Vermögen desselben sich im Reiche befindet. In diesem Falle ist §. 207 der KO. maßgebend; in der Regel haben sich die Gläubiger an das ausländische Gericht zu wenden und dessen Zuständigkeit zur Durchführung des Konkurses anzuerkennen, der ausländische Konkursverwalter ist befugt, im Inlande befindliches Vermögen zur dortigen Konkursmasse zu ziehen und eine Auslieferung zu verlangen[16]); ein eigener Konkurs im Inlande soll nicht deshalb eröffnet werden, weil ein ausländischer Schuldner irgend ein Vermögen[17]) im Inlande besitzt. Nur besteht die Ausnahme, daß — internationale Verträge vorbehalten — ein ausländischer Konkurs die im Inlande betriebene Zwangsvollstreckung nicht hindern oder entkräften soll, daß sonach der im Auslande eröffnete Konkurs nicht genügt, die inländischen Vermögensstücke dem separaten Zugriffe der Gläubiger, als einzelner Kläger, zu entziehen.

b. (Sind mehrere Gerichte zuständig).

Der hier supponirte Fall kann den früheren Erörterungen zufolge nur dann vorkommen, wenn der Gemeinschuldner mehrere Wohnsitze hat[18]) oder wenn er (im Falle der Nr. III) mehrere Niederlassungen im Inlande besitzt.

---

bilis" die Eröffnung des Konkurses in der höchsten Instanz solle verlangen können.

15) Freilich ist, wie bereits oben erwähnt, dies kein „allgemeiner" Gerichtsstand für Inländer; es soll § 24 der Civ.=Pr.=O. eigentlich nur Ausländer berühren (vgl. Motive zur KO. II. E. S. 458: „der von §. 24 der Civ.=Pr.=O. gegen Ausländer zugelassene allgemeine Gerichtsstand des Vermögens"), indessen erklären die Motive zur Civ.=Pr.=O. den §. 24 doch auch anwendbar gegen die im „Inlande ohne Domizil sich umhertreibenden Schuldner".

16) Motive zum II. E. S. 457.

17) Soferne dieses nicht in den in §. 208 der KO. genannten Objekten besteht.

18) Ueber die Voraussetzungen zu einer solchen Mehrheit vgl. v. Savigny, R. R. Bd. VIII S. 63 u. 64; Windscheid, Pandekten Bd. I §. 36; v. Bayer, Civilprozeß S. 112; Seuffert, Kommentar zur Bayer. Ger.=O. Bd. I S. 58; dann in Bezug auf die grundsätzlich verschiedene Anschauung der Norddeutschen Kommission von 1868: Struckmann u. Koch, Kommentar zur Civilprozeßordnung (IV. Aufl.) S. 10.

c. (die Eröffnung des Verfahrens beantragt).

Daß auch für das Konkursverfahren unter mehreren zuständigen Gerichten die Prävention entscheide, galt bereits im Gemeinen Rechte[19]). Darin aber unterschied sich dasselbe von dem gegenwärtigen Gesetze, daß man annahm, die Prävention sei nur in einer Handlung des Gerichtes enthalten, wodurch sich dasselbe in die Sache mischte, indessen in jeder Handlung z. B. in Ladungen, Bescheiden, selbst abweislichen u. s. w.

Die KO. dagegen setzt keinerlei Thätigkeit des Gerichtes zur Begründung der Prävention voraus; diese ist gegeben, sobald das Gericht durch den Antrag auf Konkurseröffnung mit der Sache befaßt wird.

I. Dieser Antrag muß nur gestellt, nicht auch zugelassen sein, und damit ist (was für die Praxis besonders zu betonen sein möchte) eine wesentliche Neuerung[20]) gegeben.

Nach bisherigem Rechte waren diejenigen Verhandlungen, welche feststellen sollten, ob ein Schuldner wirklich konkursmäßig sei, das sogenannte Debitwesen, zur Begründung einer Prävention nicht genügend. War also z. B. ein Schuldner an einen anderen Ort übergesiedelt, nachdem ein solches Debitwesen an seinem bisherigen Wohnsitze verhandelt worden, so stand die Eröffnung des Universalkonkurses dennoch dem Gerichte des neuen Wohnortes zu[21]). Nunmehr ist dies anders. Setzen wir: A hat eine Fabrik in Meising, auf der er sich den Sommer über aufhält, und ein Wohnhaus in Folching, woselbst er den Winter zuzubringen pflegt. Am 1. August 1880 zeigt er dem Amtsgericht in Folching seine Insolvenz an und beantragt die Eröffnung des Konkursverfahrens; da er aber diesem Antrage weder eine genaue Uebersicht seines Vermögens, noch ein Gläubigerverzeichniß beigelegt hatte, so erhält er am 2. August den Auftrag, diese Behelfe nachzuliefern, was er auch am 5. August thut, worauf das Amtsgericht Folching am 6. August die Eröffnung des Konkurses beschließt. Inzwischen aber haben am 3. August 1880 mehrere Gläubiger bei dem Amtsgerichte in Meising den Konkurs über A beantragt und dessen Zahlungsunfähigkeit sofort so glaubhaft gemacht, daß das Gericht auch schon an demselben Tage die Eröffnung des Verfahrens beschließt. Demohngeachtet ist zur Durchführung des Konkurses nicht das Amtsgericht zu Meising, sondern das zu Folching zuständig und würde sogar dann zuständig sein, wenn das Meisinger Gericht seinen Beschluß dem Folchinger am 4. August, also bevor von diesem der Antrag zugelassen war, kund-

---

19) Vgl. Schweppe, System des Konkurses S. 186.

20) Wenigstens für Bayern.

21) Seuffert, Kommentar zur Ger.-O. Bd. IV S. 396.

gegeben gehabt hätte; denn §. 64 erklärt nur den Zeitpunkt des Antrages für maßgebend [22]).

II. Eben deshalb würde es für die Prävention ohne Bedeutung sein, wenn das Amtsgericht in Meising bereits ein Veräußerungsverbot erlassen oder sonstige Maßregeln zur Sicherung der Masse getroffen hätte [23]). Wie aber dann, wenn das Amtsgericht zu Folching (also dasjenige, bei welchem zuerst Antrag gestellt war) den Antrag abweist? Wird dieser Beschluß nicht im Beschwerdeweg angegriffen, so ist allerdings das Meisinger Gericht zuständig [24]). Beruhigt sich aber der Gemeinschuldner nicht und erwirkt beim Obergerichte ein abänderndes Erkenntniß, so bleibt es bei der Prävention durch Folching.

Daß dieselben Grundsätze gelten, wenn der Gemeinschuldner, nachdem ein Antrag gestellt, jedoch noch nicht Beschluß gefaßt ist, seinen Wohnsitz änderte und nun auch bei dem neuen Wohnsitze der Konkurs beantragt wurde, bedarf keiner Erwähnung.

III. Aus dem in den Motiven (zum II. E. S. 296) enthaltenen Grunde für die Bestimmung des §. 64 Abs. 2: „um jedes doppelte Vorverfahren zu vermeiden" folgt, daß jedes Gericht, welches Kenntniß von einem anderweitigen Konkursantrage erhält, mit dem weiteren Vorgehen innezuhalten und die erwachsenen Akten an dasjenige Gericht abzugeben hat, bei welchem zuerst Antrag gestellt wurde; ferner wird, wenn bekannt ist, daß ein Schuldner mehrere Wohnorte hat, das Gericht, bei welchem ein Antrag gestellt wird, die übrigen Gerichte hievon in Kenntniß zu setzen haben, was am zweckmäßigsten, da sich in der Regel an einem solchen anderweitigen Wohnorte eines Schuldners auch Vermögen desselben befinden wird, mit Requisition um Sicherung desselben (§. 98 der KO.) zu verbinden sein dürfte.

IV. Daß die §§. 36 ff. der R.Civ.-Pr.-B. [25]) (über Bestimmung des zuständigen Gerichtes durch ein Obergericht), im Falle die thatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind, auch für das Konkursverfahren Anwendung finden, ist in den Motiven ausdrücklich hervorgehoben.

V. Wenn bei einem mit mehreren Amtsrichtern besetzten Amts-

---

22) Da eine Prorogation ausgeschlossen ist, wird auch das Gericht in Folching nicht freiwillig, selbst nicht mit Zustimmung der Parteien, die Zuständigkeit an Meising abtreten können.

23) Ebenso Stieglitz S. 412, v. Wilmowski S. 306.

24) Dann ist es ja das alleinige, also ist eine Prävention nicht mehr in Frage.

25) Vgl. Hellmann, Kommentar S. 155 ff. Seuffert S. 44 ff.

gerichte (Gerichtsverfass.=Ges. §. 22 Abs. 2) die Geschäftsvertheilung nach lokalen Gränzen erfolgt sein sollte[26]), so würde daraus, daß ein nach dieser Eintheilung zu dem Richter, welchen z. B. das Graggenauer Viertel zugetheilt ist, gehöriger Konkurs irrthümlich von dem über die Vorstadt Schönfeld aufgestellten Amtsrichter eröffnet wurde, eine Inkompetenzeinrede nicht abgeleitet werden können. Noch weniger, wenn etwa die Geschäftstheilung nach Buchstaben geschieht. Wenn der Amtsrichter Hurtig alle mit Sch anfangenden Beklagten zu behandeln hat, es hat aber den Konkurs über Kaufmann Schwindler zufällig der Amtsrichter Langsam eröffnet, so können nicht etwa die Gläubiger diesen als unzuständig erklären.

---

§. 65.

Anwendung der Civilprozeßordnung auf das Konkursverfahren.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben[a]), auf das Konkursverfahren[b]) entsprechende Anwendung[c]).

I. E. — II. E. §. 65; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O. —

a. (Abweichungen ergeben).

Der Ausdruck „Abweichungen ergeben" begreift nicht nur diejenigen Fälle, welche in der KO. für das Verfahren im Konkurse ausdrücklich anders entschieden sind, als für das gewöhnliche Verfahren in der R.Civ.=Pr.=O., sondern er umfaßt auch jene Fälle, in welchen die KO. Bestimmungen enthält, auf welche diejenigen der Civ.=Pr.=O. schon thatsächlich gar nicht anwendbar sein würden. So ist z. B. im §. 113 Abs. 1 der KO. bestimmt, daß der Konkursverwalter bei der Aufzeichnung der Konkursmasse den Werth der zu derselben gehörigen Gegenstände erforderlichen Falles durch Sachverständige zu ermitteln habe und daß bei der Aufzeichnung eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen sei, und nach Abs. 2 daselbst kann das Gericht auf Antrag des Verwalters oder des Gläubigerausschusses gestatten, daß die Aufzeichnung unterbleibe oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde. Hieraus folgt, daß in dem Falle, wenn gemäß der letzterwähnten Bestimmung die Zuziehung einer obrigkeitlichen

---

26) Z. B. ein Amtsrichter hat die Prozesse und Konkurse des Graggenauer Viertels, der andere diejenigen des Kreuzviertels, der dritte endlich jene der Vorstadt Schönfeld u. s. w. zu bearbeiten.

oder Urkundsperson unterblieben ist, alsdann auch die Beeidigung der vom Verwalter beigezogenen Sachverständigen unterbleiben muß, aus dem einfachen Grunde, weil in solchem Falle Niemand vorhanden ist, welcher die Beeidigung vornehmen könnte. Da aber die R.Civ.=Proz.=O. im §. 375 die Beeidigung der Sachverständigen als Regel vorschreibt, aus §. 113 Abs. 2 der KO. aber sich ergibt, daß die KO. die Beeidigung der von dem Konkursverwalter beigezogenen Sachverständigen überhaupt nicht für nothwendig erachtet, so ergiebt sich aus der letzterwähnten Bestimmung, daß die Vorschrift des §. 375 der R.Civ.=Pr.=O. über die Beeidigung der Sachverständigen auf die vom Konkursverwalter beigezogenen Sachverständigen keine Anwendung findet, obwohl dieses nicht ausdrücklich in der KO. steht. Dergleichen Fälle gibt es noch verschiedene andere, deren Erledigung indessen leicht ist.

Als Grenze der analogen Anwendbarkeit ist im Auge zu behalten, daß — wie in der Einleitung erwähnt — der Konkurs nicht ein Prozeß in dem engeren Sinne einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit unter bestimmten Parteien, sondern daß er eine Art Liquidationsverfahren bildet, so daß die Theilnahme des Gerichtes an demselben vorwiegend als ein Ausfluß der freiwilligen Gerichtsbarkeit erscheint. Insoweit also die Vorschriften der Civilprozeßordnung lediglich auf den Gegensatz zweier Parteien, eines Klägers und eines Beklagten, sich basiren und für das Verhältniß des Konkursverwalters sei es zum Gemeinschuldner sei es zu den Gläubigern nicht passen, können sie selbstverständlich auch nicht analog angewendet werden[1]). Deshalb, weil die analoge Anwendung der civilprozessualen Bestimmungen auf das Konkursverfahren nicht „zweckmäßig" erscheint, kann der Richter dieselbe indessen nicht ablehnen, und zwar deshalb nicht, weil das Gesetz da, wo es die Unzweckmäßigkeit gegeben erachtete, auch für abweichende Bestimmungen in der Konkursordnung aus=

1) Es sind schon deshalb, weil das Konkursverfahren vor dem Amtsgerichte stattfindet, alle für den Anwaltsprozeß allein gegebenen Vorschriften unanwendbar; z. B. §. 74 der Civ.=Pr.=O. über obligatorische Vertretung, §§. 269 und 270 über Verlesung der Anträge u. s. w. (Ebenso v. Wilmowski S. 310.) Nicht anwendbar sind die Bestimmungen über Oeffentlichkeit der Verhandlung, weil der Konkursrichter kein „erkennendes Gericht" ist, ferner die §§. 123—126, weil im Konkursverfahren „Schriftsätze" nicht vorkommen; dann die Bestimmungen der §§. 129, 136—139 und 141 der Civ.=Pr.=O. (wie dies schon in den Motiven zur KO. bemerkt ist). Dagegen sind die Vorschriften über Sitzungspolizei, Gerichtssprache, richterliche Leitung u. s. w. allerdings analog anwendbar.

drücklich Sorge trug[2]). Wo also dies nicht geschehen ist, hat eben das Gesetz die analoge Anwendung nicht für unzweckmäßig gefunden und steht es dem Richter nicht zu, das Gesetz zu verbessern.

b. (auf das Konkursverfahren).

Es ist bereits früher (vgl. Abth. I S. 331 Note 56) bemerkt worden, daß dieser Ausdruck extensiv zu interpretiren sei. Nicht nur auf das Verfahren im engeren Sinne, sondern überhaupt im Konkurse, so oft und so weit sich hiezu eine Veranlassung bietet, sind die civilprozessualen Vorschriften in analoge Anwendung zu bringen. Dagegen findet die blos analoge Anwendung bei Feststellungs-Streitigkeiten, Aussonderungs-, Absonderungs-, Anfechtungs- und sonstigen mit dem Konkurse im Zusammenhange stehenden Prozessen nicht statt, sondern diese unterliegen den Vorschriften der Civilprozeßordnung ganz ebenso, wie alle anderen gewöhnlichen Rechtsstreite[3]).

c. (Anwendung).

Auch das Gerichtsverfassungsgesetz, insbesondere dessen Titel XIII über die Rechtshülfe, findet auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung[4]). So wird z. B. nach §. 167 des Ger.-Verf.-Gesetzes der Bayerische Amtsrichter in Hof befugt sein, wenn Gefahr auf Verzug obwaltet, die zur Sicherung der über der Gränze in Sachsen liegenden Theile der Konkursmasse dienenden Maßnahmen zu treffen, ohne die Zustimmung des Sächsischen Gerichtes zu erholen. Ebenso wird nicht selten von §. 162 des Ger.-Verf.-Gesetzes Gebrauch zu machen sein. Insoweit das Rechtshülfegesetz v. 21. Juni 1869 (B..Ges.-Bl. S. 305 ff.) noch maßgebend ist, kommt es im Konkursverfahren ebenfalls analog zur Anwendung.

---

2) Die Motive führen als Beispiele auf: die §§. 68 und 69 (Zustellungen), §§. 136, 62 und 63 (Werthsberechnung), §. 107 ff. (Flüssigmachung der Masse). Ein anderes Beispiel gibt §. 114 a. E.

3) Vgl. Petersen S. 295. Ein Erk. des RG. v. 29. September 1881 (Entsch. Bd. V S. 413. Blums Annalen Bd. IV S. 325) erklärt z. B. den §. 59 der Civ.-Pr.-O. anwendbar auf die nach §. 134 Abs. 1 und 2 der KO. erhobenen Rechtsstreite.

4) Vgl. Struckmann und Koch zu §. 157.

§. 66.

Entscheidungen im Konkursverfahren. Rechtsmittel.

Die Entscheidungen im Konkursverfahren[a]) können ohne vorgängige mündliche Verhandlung[b]) erfolgen.

Die Zustellung geschieht von Amtswegen[c]).

Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt[d]), die sofortige Beschwerde[e]) statt.

I. E. — II. E. §. 66; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. PO. Art. 1186.

a. (Entscheidungen im Konkursverfahren).

Jeder Ausspruch des Gerichtes, wodurch dasselbe seine autoritative Anschauung über die von den Parteien erhobenen Fragen zum Ausdrucke bringt und damit den Streitenden zur Darnachachtung kund gibt, heißt „Entscheidung"[1]). Es ist dies die allgemeine von dem Gerichtsverfassungsgesetze im sechzehnten Titel gebrauchte technische Bezeichnung.

Wird über einen erhobenen und bestrittenen Klaganspruch vom Gerichte eine Entscheidung getroffen, so geschieht dies[2]) durch „Urtheil"[3]), und zwar ist es ein „Endurtheil"[4]), wenn über die Hauptsache und somit über den Rechtsstreit selbst in unbedingter oder bedingter Weise (unter Vorbehalt des Eides, §. 425 der Civ.-Pr.-O.) entschieden wird, „Theilurtheil", wenn dies nicht über die Gesammtheit des erhobenen Anspruches geschieht (§. 273 und 274 der Civ.-Pr.-O.), „Zwischenurtheil", wenn über ein das Endurtheil vorbereitendes Angriffs- oder Vertheidigungsmoment gesprochen ist. „Versäumnißurtheile" endlich heißen diese Urtheile dann, wenn eine derartige Entscheidung ohne vorgängige kontradiktorische Verhandlung erfolgt ist (§. 295 ff. der Civ.-Pr.-O.).

Keine von allen diesen drei Arten, kein Urtheil also im Sinne der Prozeßordnung kann im Konkursverfahren vorkommen. Die in die-

---

1) Alle Verfügungen und Anordnungen eines Richters in einer Rechtssache an eine ihm untergeordnete Person (wie Seuffert, Kommentar zur bayr. Ger.-O. Cap. XIV §. 1 Nr. 1 sich ausdrückt).

2) Die Entscheidung ist der richterliche Ausspruch selbst, das Urtheil die Form, in der er zu Tage tritt, vgl. Prozeß-Ordnung von 1869 Art. 295: „nur die im Urtheile enthaltene Entscheidung ist der Rechtskraft fähig". Aehnlich §. 293 der Civ.-Pr.-O.

3) Ehedem Sentenz, Erkenntniß, Decisivdecret genannt.

4) Endbescheid, sententia definitiva nach dem Cod. jud. v. 1753.

sem Verfahren getroffenen Entscheidungen beziehen sich immer nur auf Kontroversen über die Behandlung des Verfahrens selbst[5]), z. B. über Stimmberechtigung einzelner Gläubiger, über die Einwendungen einzelner Gläubiger bei der Vertheilung oder bei einer Einstellung des Verfahrens, oder über sonstige Inzidentpunkte, z. B. die Disziplinarbestrafung und Entlassung des Verwalters, die Haft des Gemeinschuldners, die Erlassung von Veräußerungsverboten, die Anordnung von Sicherungsmaßregeln u. s. w. Selbst wenn sie das Gesammtverfahren selbst betreffen, wie der Beschluß auf Eröffnung des Konkurses oder auf Beendigung desselben durch Zwangsvergleich, auf Einstellung wegen Befriedigung aller Gläubiger oder wegen Mangels einer Masse u. s. w., so bringen sie doch nicht einen bestimmten Rechtsstreit unter bestimmten Parteien zur Erledigung. Diese richterlichen Entscheidungen führen in der Civilprozeßordnung keinen eigenen technischen Namen[6]); man könnte (auf Grund des §. 146 Ziffer 5 und §. 294) das Wort „Beschluß“ und „Verfügung“ für dieselben anwenden, je nachdem ein förmlicher Bescheid über streitige Parteivorbringen, oder eine blos prozeßleitende Anordnung des Richters von Amtswegen oder auf einseitiges Anrufen in Frage ist, indessen ist dieser Sprachgebrauch in der Civilprozeßordnung nicht durchgeführt[7]). Praktisch von Bedeutung sind folgende Fragen:

I. Wie sind die „Entscheidungen“ im Konkursverfahren formell zu behandeln?

Hier ist so viel gewiß, daß sie vom Richter blos mündlich nicht erlassen werden können[8]). Es ist zwar natürlich nicht ausgeschlossen, daß in den Terminen nach Anhörung der Anträge und Vorbringen der Betheiligten der Amtsrichter seinen Bescheid sofort mündlich ertheilt, allein hinterher muß derselbe schriftlich fixirt werden. Die Bescheide können (in analoger Anwendung des §. 146 Ziff. 5 der Civ.-Pr.-O.) dem Verhandlungsprotokolle einverleibt oder auch schriftlich demselben beigefügt werden[9]) und hat §. 280 der Civ.-Pr.-O. natürlich gleichfalls Geltung,

---

5) Die Beispiele sind aus den Motiven.

6) Früher war bekanntlich die Benennung wegen Appellabilität von großer Bedeutung.

7) In den §§. 345, 355 und 374 der Civ.-Pr.-O. sind die Strafverfügungen gegen Sachverständige und Zeugen „Beschluß“ genannt, in §. 99 dagegen der Beschluß über Kostenfestsetzung „Entscheidung“.

8) In der bayr. Pr.-O., durch welche die Ganten den Bezirksgerichten zugewiesen waren, war bestimmt, daß die Entscheidungen in geheimer Sitzung nach Anhörung des Staatsanwaltes zu erfolgen hätten.

9) Auf Grund der §§. 286 und 294 mit §. 288 der Civ.-Pr.-O. wird der

so daß nur derjenige Richter, welcher der Verhandlung beigewohnt hat, den Beschluß fassen darf[10]).

Thatbestand und Entscheidungsgründe müssen nicht beigefügt werden (weil eben die Entscheidungen im Konkursverfahren keine Urtheile sind), doch glaube ich, daß unter Umständen eine genügende Motivirung zum juristischen Anstande gehört[11]).

II. Wie steht es nun mit der Rechtskraft der konkursgerichtlichen Entscheidungen? Der §. 289 der Civ.-Pr.-O. erklärt das Gericht nur an die End- und Zwischenurtheile gebunden; der umgekehrte Satz, daß Beschlüsse — selbst die Beweisbeschlüsse[12]) — und Verfügungen für das Gericht keine verbindende Kraft haben (wie es in der Bayr. Prozeß-Ordn. von 1869 Art. 296 ausdrücklich ausgesprochen ist), wurde als „selbstverständlich" (Motive S. 222) erachtet und daher weggelassen. Anderntheils aber folgt aus der Bestimmung, daß jede Entscheidung im Konkursverfahren einer an eine Nothfrist gebundenen Beschwerde unterliegt[13]), und aus §. 541 Abs. 3 der Civ.-Proz.-O. die Nothwendigkeit der Annahme, daß die Entscheidungen doch eine gewisse Unabänderlichkeit erlangen müssen[14]).

Ich glaube, man muß so unterscheiden:

A. Formelle Rechtskraft tritt für die Entscheidungen im Konkursverfahren ein, sobald die zweiwöchentliche Nothfrist verstrichen oder eine Beschwerde eingelegt und definitiv entschieden ist. Wenn also z. B. der Konkursrichter entschieden hat, daß in Anwendung des §. 91 der KO. die Ausführung des in der Gläubigerversammlung mit einer Stimme Mehrheit gefaßten Beschlusses, es sei der Betrieb der Fabrik des Gemeinschuldners einzustellen, als dem gemeinsamen Interesse zuwider untersagt werde, und die zweiwöchentliche Nothfrist zur Anfechtung dieser Entscheidung ist, ohne daß Beschwerde eingelegt wurde, verstrichen, so kann nicht hinterher (wenn z. B. der bisherige Amtsrichter A befördert und

---

Beschluß oder die Verfügung vom Richter, die Ausfertigung vom Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen sein.

10) Wohl aber kann ein anderer Richter ihn verkündigen.

11) Ebenso Fitting S. 239 Note 13 und Stieglitz S. 420, die eine Beifügung von Gründen mit Recht jedenfalls bei Entscheidungen, gegen welche die sofortige Beschwerde zulässig ist, für angemessen erachten.

12) Wie sich aus §. 325 der Civ.-Proz.-O. ergibt.

13) Vgl. §. 473 der Civ.-Pr.-O

14) Die Motive zum II. E. S. 298 sagen: „die Entscheidungen wirken auf die Rechte Dritter ein und sind daher einer Rechtskraft fähig". Dies ist aber doch wohl nicht das Kriterium der Rechtskraft.

der Amtsrichter B an dessen Stelle versetzt worden ist) dieser doch von Amtswegen die Fabrik sperren lassen.

B. Materielle Rechtskraft dagegen, daß der Konkursrichter für alle Zukunft an den Inhalt der bisherigen Entscheidungen gebunden wäre[15]), erlangen die Beschlüsse und Verfügungen nicht. Wenn z. B. (§. 163) der Antrag des Verwalters „den vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichungsvorschlag zurückweisen" vom Konkursrichter abgelehnt und der Vorschlag in Verhandlung genommen wurde, so ist hiedurch noch nicht rechtskräftig festgestellt, daß dieser Vergleich den Vorschriften des §. 163 entspricht, vielmehr kann das Gericht, auch nachdem der Vergleich nach §. 169 von der Mehrzahl angenommen worden war, dennoch denselben deshalb verwerfen, weil eine der in §. 163 vorgezeichneten Voraussetzungen gegeben sei, unter welchen ein Vergleichsvorschlag nicht mehr zulässig ist[16]).

b. (mündliche Verhandlung).

Von einer eigentlichen Prozeßverhandlung, wie solche die R.-Civ.-Pr.-O. in den §. 119 u. ff. im Auge hat, kann im Konkursverfahren nach der Natur der Sache keine Rede sein, wohl aber von Verhandlungen im weiteren Sinne, z. B. bei den Terminen zur Prüfung der angemeldeten Forderungen der Konkursgläubiger (§ 130 der KO.), zur Abnahme der Schlußrechnung eines ausscheidenden Verwalters (§. 78), zur Verhandlung über Stimmberechtigung (§. 87 u. 88), zur Schlußverhandlung über die Masserechnung und über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke (§. 150), dann zu den Verhandlungen über die Eröffnung des Konkurses (§. 96 und 97), über Bestätigung oder Zurückweisung eines Zwangsvergleiches (§. 170), Einstellung des Verfahrens (§. 189). In allen diesen und ähnlichen Fällen ist eine der Entscheidung des Konkursgerichtes vorausgehende mündliche Verhandlung denkbar, wenn auch in der Regel nicht unerläßlich. Eben deshalb ist in §. 66 Abs. 1 der KO. die mündliche Verhandlung im Konkursverfahren nicht als Vorbedingung der Entscheidungen vorgeschrieben, sondern dem Ermessen des Konkursgerichtes überlassen und es ist überhaupt nicht ein „Verfahren" vor jeder Entscheidung geboten. Nothwendig ist indessen eine vorgängige Verhandlung in denjenigen Fällen, in welchen das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, daß einzelne Betheiligte vor Erlassung der Entscheidung zu hören sind, z. B. bei

15) Wie z. B. früher der zum Endurtheil berufene Richter das Beweisinterlokut als unabänderlich ansehen mußte.

16) Eine Ausnahme findet sich in §. 133 Abs. 2, worüber die Erläuterung hiezu zu vergleichen ist.

Ordnungsstrafen gegen den Verwalter oder bei Absetzung desselben (§. 76), bei Festsetzung des Stimmrechtes (§§. 87 und 88), bei Zulassung des Antrages eines Gläubigers auf Konkurseröffnung (§. 97 Abs. 2), bei Bestätigung eines Zwangsvergleiches (§. 170), bei der Einstellung des Verfahrens (§. 189) und ferner bei der Konkurseröffnung über das Vermögen einer Aktiengesellschaft (§. 194), einer eingetragenen Genossenschaft (§. 195), einer offenen Handelsgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft (§. 199), bei einem Nachlasse (§. 205).

Insoweit hiebei das Gesetz ausdrücklich die Anberaumung eines Termines anordnet (z. B. im Falle der §§. 129, 169 Abs. 2 u. §. 170) oder wenn der Natur der Sache nach die Verhandlung „in einem Termine" stattzufinden hat (z. B. nach §§. 87, 88, 91, 120 u. s. w.), muß natürlich die Verhandlung eine mündliche sein [17]). In den übrigen Fällen können die Betheiligten auch schriftliche Erklärungen abgeben [18]).

c. (die Zustellung geschieht von Amtswegen).

I. Dieser Absatz fehlte in den Entwürfen und fand erst bei der Kommissionsberathung (auf Antrag des Abg. v. Bahl) Aufnahme [19]). Der Grund hiefür ist, daß in dem gewöhnlichen Civilprozesse als Regel gilt, Zustellungen sollen nur auf Betreiben der Partei erfolgen; da nun aber eine „Partei" im Konkurse nicht vorhanden ist, so muß hier auch die Zustellung von Amtswegen erfolgen. Sonach wird auch §. 294 Abs. 2 u. 3 der R.-Civ.-Pr.-O. nur eine beschränkte analoge Anwendung im Konkurse finden.

II. Hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, so soll der Richter seine Entscheidung — und zwar sofort — verkünden [20]); die Zustellung

---

17) Es ist sicherlich nicht als zulässig zu erachten, daß der Richter z. B. den Prüfungstermin oder die Gläubigerversammlung vertagt und die etwa über Einräumung eines Stimmrechtes Widersprechenden zur Abgabe schriftlicher Erklärungen anweist.

18) Ich hatte in der I. Auflage das Wort „hören" strenger interpretirt und stets eine mündliche Verhandlung als geboten erachtet. Die Praxis hat indessen sich anders gebildet und findet das „rechtliche Gehör" gewahrt, wenn der Richter die schriftliche Erklärung des Betheiligten entgegennimmt. Ebenso Fitting §. 26 Note 11; Hullmann S. 221; Petersen S. 296; Sarwey S. 540; Stieglitz S. 418; v. Wilmowski S. 310. Indessen stimmen doch alle die Genannten der Ansicht bei, daß der Richter, wenn das Gesetz ein Hören der Parteien vorschreibt, möglichst die mündliche Verhandlung wählen soll.

19) K. Prot. S. 59.

20) Ich hatte mich in der I. Auflage nicht ganz deutlich ausgedrückt. Meine Meinung ist nicht, daß der Konkursrichter nach jeder mündlichen Verhand-

von Amtswegen findet aber nicht nur dann statt, wenn eine solche Verkündigung nicht erfolgte (wie dies §. 294 Abs. 3 für den Civilprozeß vorschreibt), sondern es müssen im Interesse der sämmtlichen am Konkursverfahren Betheiligten auch die verkündeten Entscheidungen und Verfügungen von Amtswegen zugestellt werden [21]).

Natürlich will aber Absatz 2 des §. 66 der KO. nicht sagen, alle im Verfahren erlassenen Entscheidungen müssen von Amtswegen zugestellt werden, sondern nur, soferne eine Zustellung zu erfolgen hat, geschieht dieselbe von Amtswegen; der Richter hat nicht wie im gewöhnlichen Verfahren den Antrag der Parteien abzuwarten. Eine Anzahl von Beschlüssen und Entscheidungen ergehen im Laufe eines Konkurses, die weder öffentlich durch die Presse bekannt gemacht, noch weniger allen Betheiligten speziell zugestellt werden. Sie werden entweder den Anwesenden eröffnet oder einzelnen betreffenden Betheiligten vom Konkursrichter zugestellt [22]).

Speziell zu erwähnen sind folgende Verfügungen:

1) für den Beschluß auf Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleiches ist im §. 171 der KO. die „Verkündung" ausdrücklich vorgeschrieben; eine öffentliche Bekanntmachung oder Zustellung dieses Beschlusses erfolgt nicht sofort, sondern erst, wenn das Verfahren aufgehoben wird;

2) die Entscheidung, durch welche behufs wiederholter Abstimmung nach §. 169 Abs. 2 ein neuer Termin bestimmt wird, erfolgt im Termine, und für dieselbe ist vorgeschrieben, daß sie sofort zu verkündigen ist;

3) die Entscheidung nach §. 87 Abs. 2 über das Stimmrecht nicht geprüfter Forderungen und nach §. 88 über das Stimmrecht der Ab-

---

lung einen mündlichen Bescheid zu ertheilen verpflichtet ist; ich erachte dies (mit Fitting §. 26 Note 14; Hullmann S. 222 Nr. 2; Stieglitz S. 418 Nr. II) für fakultativ; nur das wollte ich betonen, daß ein mündlicher Bescheid sofort ergehen muß; eine Vertagung und Anberaumung eines „Publikationstermines" erachte ich als absolut unzulässig. Wird der Bescheid nicht sofort ertheilt, so muß er schriftlich gegeben und zugestellt werden.

21) Aeußerung des Herrn Regierungsvertreters Dr. Hagens in der 10. Kommissions-Sitzung.

22) Insoferne kann man König, Konkursverfahren S. 44 und v. Sarwey S. (450) 541 zustimmen; dagegen ist die Ansicht, daß auch bei solchen Beschlüssen, Entscheidungen und Verfügungen, deren Zustellung gesetzlich nothwendig ist, statt derselben die mündliche Publikation genüge, unhaltbar. Vgl. Fitting a. a. O.; Hullmann a. a. O.; Meisner S. 248; Petersen S. 297; Stieglitz S. 419; v. Wilmowski S. 311.

sonderungsberechtigten und der bedingt Berechtigten ist nothwendigerweise gleichfalls in instanti zu treffen und zu verkünden.

Diese unter b u. c bezeichneten Entscheidungen bedürfen auch keiner weiteren Zustellung, vielmehr entziehen sie sich ihrer Natur nach einer solchen [23]).

5) die zustimmende Entscheidung zu einem Antrage auf Berichtigung des Theilungsverzeichnisses ist nach §. 146 der KO. auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen, während die einen solchen Antrag abweisende Entscheidung allerdings zuzustellen ist [24]).

III. Die Zustellung erfolgt in Anwendung der §. 68 u. 69 der KO. theils im Wege öffentlicher Bekanntmachung, theils durch spezielle Zufertigung, worüber die Erläuterungen zu diesen Paragraphen zu vergleichen sind.

An wen die speziellen Zufertigungen zu erlassen sind, ist im Gesetze nicht gesagt. Der Natur der Sache nach erfolgt die Zustellung „an die Betheiligten" [25]); wer aber in jedem Falle als „betheiligt" erscheint, ist nach Lage der Sache zu bestimmen [26]). Bald ist es lediglich der Verwalter, bald ein einzelner antragstellender Gläubiger. In der Regel aber, insbesondere bei gerichtlichen Verwaltungsmaßnahmen oder bei der Entscheidung über Anträge und Beschlüsse der Gläubigerversammlungen, sind alle am Konkurse Theilnehmenden als Interessenten anzusehen [27]).

d. (soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt).

Die KO. erklärt für unanfechtbar [28]) die Entscheidungen:

---

23) Was die Beschlüsse unter Nr. 3 betrifft, so bekundet v. Wilmowski (S. 336 Nr. 6 Abs. 2), daß die Preußische Praxis sich für die Nichtzustellung ausgesprochen hat. Dasselbe kann ich von der Bayerischen bestätigen. — Ueber den Beschluß auf Vertagung einer Gläubigerversammlung siehe die Erläuterung zu §. 85.

24) Daher darf man nicht mit v. Sarwey (S. 542) sagen: „Entscheidungen über den Antrag auf Berichtigung", sondern man muß mit v. Wilmowski (S. 311) nur: „Entscheidungen auf Berichtigung" hieherziehen.

25) So hatte der Abs. 2 ursprünglich auch gelautet.

26) K. Prot. S. 60.

27) Vgl. auch Erl. g zu §. 68.

28) Fitting §. 26 Note 16 bemerkt: „unanfechtbar sei naturgemäß eine Entscheidung, welche einen Antrag ablehnt, wenn das Konkursgericht, weil es sich um eine in sein freies Ermessen gestellte Maßregel handelt, zum Behufe der Ablehnung eine eigene Entscheidung gar nicht hätte zu erlassen brauchen, sondern sich einfach unthätig hätte verhalten können". Ich will dies nicht bestreiten; allein das hiefür angezogene Beispiel des §. 118 Abs. 1 kann ich nicht anerkennen, weil dem Gemeinschuldner sicherlich die sofortige Beschwerde zusteht, falls der Richter die Genehmigung

1) über das Stimmrecht nicht geprüfter, absonderungsberechtigter und bedingter Konkursforderungen (§§. 87 Abs. 3 u. 88 Abs. 2);

2) über Aufhebung des Konkursverfahrens auf Grund einer Schlußvertheilung (§. 151 Abs. 1) und auf Grund eines rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches (§. 175 Abs. 1);

3) die Entscheidung des Beschwerdegerichtes über Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleiches (§. 174 Abs. 3).

e. (sofortige Beschwerde).

Der Ausdruck: „sofortige Beschwerde" ist ein technischer. Die R.-Civ.-Pr.-O. enthält ihn in vielen Paragraphen [29]), in §. 229 sogar als Gegensatz zur „Beschwerde". Das Epitheton" „sofortige" ist indessen nicht so zu verstehen, als ob die Beschwerde sogleich und unmittelbar nach der Zustellung der Entscheidung erhoben werden müßte, sondern es gilt (auf Grund der Vorschrift in §. 65 der KO.) jedenfalls die in §. 540 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O. festgesetzte Nothfrist von zwei Wochen. Dieselbe beginnt in der Regel mit der Zustellung der Entscheidung, jedoch im Falle des §. 146 der KO. mit der Niederlegung der Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei und im Falle des §. 174 der KO. mit der Verkündung des Beschlusses. Es bringt auch keinen Nachtheil, daß die Beschwerdefrist zwei Wochen hindurch läuft, denn nach §. 535 der R.-Civ.-Pr.-O. hat die Beschwerde nur in einigen Ausnahmsfällen [30]), welche im Konkursverfahren nicht von erheblicher Bedeutung sind, aufschiebende Wirkung [31]).

Im Uebrigen unterscheidet sich die Beschwerde gegen konkursrichterliche Entscheidungen nicht von derjenigen gegen sonstige richterliche Prozeßbeschlüsse und finden daher auf dieselbe die in Buch III Abschn. 3 der R.-Civ.-Pr.-O. gegebenen Vorschriften Anwendung. Als zuständig zur Erledigung der Beschwerde stellt sich das im Instanzenzug zunächst höhere

---

zur Auszahlung der vom Verwalter bewilligten nothdürftigen Unterstützung versagt und ebenso nicht das Beispiel des §. 123 Abs. 2, weil dem Gemeinschuldner auch gegen eine Ablehnung seines auf Untersagung der vom Verwalter ohne Genehmigung der Gläubigerversammlung geplanten Rechtshandlung gerichteten Antrages die Beschwerde an das Obergericht einzuräumen ist.

29) §§. 46, 49, 68, 97, 99, 126, 290, 301, 352, 367, 371, 604, 619, 621, 625, 639, 701, 813, 815, 829.

30) In den Fällen der §§. 345, 355, 374, 579 und 619.

31) Doch wird auch im Konkursverfahren dem §. 511 der Civ.-Pr.-O. gemäß das Gericht anordnen können, daß die Vollziehung der Entscheidung auszusetzen sei. Vgl. Motive zum II. E. S. 209.

Gericht, also das Landgericht des Bezirkes, in welchem der Konkurs anhängig ist, dar. Eine wiederholte Beschwerde, das heißt eine Beschwerde gegen den Ausspruch des Obergerichts [32]) findet nach §. 531 Abs. 2 der R.-Civ.-Pr.-O. nur dann statt, wenn „in der Entscheidung selbst ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist". Die nähere Erörterung über die Bedeutung dieser gesetzlichen Bestimmung ist Sache der Kommentirung der Civilprozeßordnung [33]). Im Allgemeinen mag hier bemerkt werden:

1) die Beschwerung des Betheiligten muß in der Entscheidung selbst liegen, nicht etwa blos in deren Motivirung [34]);

2) wenn die Beschwerde als unbegründet [35]) abgewiesen wird, so liegt hierin in der Regel für den Beschwerdeführer kein neuer selbständiger Beschwerdegrund [36]); insoweit also entspricht die Bestimmung dem Ausschluß einer Oberberufung gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse;

3) es kann indessen vorkommen, daß der über die Beschwerde erkennende Richter in dem Beschwerdeverfahren selbst eine Handlung vorgenommen oder unterlassen hat, welche als solche dem Beschwerdeführer einen Grund zu neuer Beschwerde gibt [37]). In diesem Falle wird ihm das Rechtsmittel nicht versagt werden dürfen;

4) ein solcher Fall ist insbesondere gegeben, wenn der Oberrichter das Rechtsmittel als unzulässig verwirft, denn diese Entscheidung hängt mit der früheren nicht zusammen und bildet daher einen sowohl neuen, wie selbständigen Beschwerdegrund [38]);

---

32) In einem Falle, nämlich in dem oben lit. d Nr. 3 citirten §. 174 Abs. 3 der KO., ist indessen diese wiederholte Beschwerde prinzipiell ausgeschlossen.

33) Vgl. meinen Aufsatz in Busch, Zeitschr. für Civilprozeß Bd. I S. 17 fg. und Seuffert, Kommentar S. 655.

34) Erk. des RG. vom 22. April 1882 in den Entscheid. Bd. I S. 223.

35) Wenn auch aus neuen rechtlichen oder thatsächlichen Gründen, vgl. das in voriger Note citirte Erk. des RG.

36) Das heißt nach der Intention des Gesetzes; logisch steht die Sache anders: wenn mir, als Gemeinschuldner, der Konkursrichter statt der von mir verlangten 50 Mark monatliche Sustentation nur die 40 Mark zubilligt, welche die Gläubiger gut heißen, so beschwert mich die geringere Quote. Wenn ich hierüber mich an das Landgericht wende und dieses weist mich ab, so beschwert mich diese Abweisung; ich halte mich für gekränkt in meinem Rechte dadurch, daß das Landgericht dem Amtsrichter Recht gibt und nicht mir, und das ist nun doch an sich ein ganz neuer Beschwerdegrund.

37) Die Frage wurde in der Kommission zur Berathung der Konkursordnung gelegentlich des §. 101 erörtert; vgl. K. Prt. S. 178.

38) Beschl. des RG. vom 8. März und 10. Dezember 1881. (Entscheid. Bd. IV

5) wird der Beschwerde stattgegeben, so liegt darin ein neuer selbständiger Beschwerdegrund jedenfalls für die Gegner [39]), das heißt für diejenigen im Konkurse Betheiligten, denen die erstrichterliche Entscheidung günstig war. Gesetzt, der Gemeinschuldner beantragt, es möge die nach §. 111 der KO. gegebene Anordnung, daß alle für ihn eingehenden Sendungen, Briefe und Telegramme an den Konkursverwalter auszuhändigen sind, aufgehoben werden; der (nach §. 111 Abs. 2 gehörte) Verwalter widerspricht und der Konkursrichter weist den Gemeinschuldner mit seinem Antrage ab. Dieser beschwert sich und das Landgericht gibt ihm Recht. Offenbar liegt in dieser landgerichtlichen Entscheidung für den Verwalter ein neuer und selbständiger Beschwerdegrund. Und ähnlich wird in allen Fällen stets einer oder verschiedene Betheiligte sich finden, für welche die abändernde oberrichterliche Entscheidung beschwerend ist;

6) diejenigen, welche sich durch die Entscheidung des Landgerichtes beschwert fühlen, können sich an das Oberlandesgericht wenden.

Kommen nun aber die obigen Alternativen abermals in Anwendung? Setzen wir z. B., der konkursleitende Amtsrichter hat den Antrag des Gemeinschuldners, die Briefsperre aufzuheben, abgewiesen; das Landgericht hat der vom Gemeinschuldner hiegegen erhobenen Beschwerde stattgebend die Sperre beseitigt. Hiedurch beschwert, hat sich der Verwalter an das Oberlandesgericht gewendet und dieses hat den Bescheid des Landgerichtes auf Aufhebung wieder außer Kraft gesetzt. Liegt hierin ein neuer selbständiger Beschwerdegrund für den Gemeinschuldner? Vom Standpunkt des letzten Beschlusses allerdings [40]), allein im Zusammenhalte des Ganzen nicht; denn was ihn in dem Beschlusse des Oberlandesgerichtes beschwert, hat ihn ja auch schon in der amtsgerichtlichen Entscheidung beschwert, ist also weder neu noch ein selbständiger Grund [41]). Sonach bin ich der Ansicht, daß mit der dritten Instanz die Beschwerdeführung ihr Ende erreicht hat, soferne nicht etwa diese Instanz wiederum anders

---

S. 326 u. Bd. V S. 432 Wird dann die Unzulässigkeit auch von der dritten Instanz ausgesprochen, so findet weitere Beschwerde nicht statt.

39) Hierüber ist die Praxis des RG. konstant, vgl. Bd. I S. 225, 230, II. S. 414, IV. S. 362, V. S. 432.

40) Denn neu ist, daß ihn das Obergericht abweist und selbständig erscheint der Grund, weil eben die Abweisungshandlung eine Sache für sich ist.

41) Auch dann nicht jedesmal, wenn eine theilweise Aenderung eintritt; z. B. das Amtsgericht hätte dem Gemeinschuldner, der 60 Mark begehrt, nur 50 Mark monatliche Sustentation bewilligt; das Landgericht hätte dem schuldnerischen Antrage entsprechend entschieden, und der Gläubiger beim Oberlandesgericht eine Minderung auf 45 Mark erlangt, denn: majori minus continetur.

als jede der vorigen beiden Instanzen entschieden hätte, was im Konkurse nicht wohl vorkommen wird [42]).

7) Die gewöhnliche Beschwerde ohne Nothfrist findet nur in denjenigen Fällen statt, in welchen im Konkurse eine Inzidententscheidung unter Anwendung der Civilprozeßordnung erlassen wird, die nach der letzteren durch Beschwerde anzufechten ist. Die Motive (welchen dies entnommen ist) führen die Entscheidungen über Stimmberechtigung nach §. 87 und 88 als Beispiel solcher Inzidententscheidungen an.

8) Eine eigene Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung des Gesetzes neben den oben erörterten Beschwerden gibt es im Konkurse nicht [43]); die Nichtigkeitsklage nach §. 542 der R.Civ.=Pr.=O. dagegen wird an sich nicht ausgeschlossen sein [44]).

---

§. 67.

Ermittelungen des Konkursgerichtes.

Das Konkursgericht kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse [a]) die erforderlichen Ermittelungen [b]), insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen [c]) anordnen.

I. E. §. 75; II. E. §. 67; P. HE. Art. 766; Pr. KO. §. 132 Abs. 6; B. P.O. Art. 1193 Abs. 3—5.

a. (aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse).

Die im §. 67 dem Konkursrichter eingeräumte diskretionäre Befugniß erstreckt sich auf den ganzen Umfang des Verfahrens, sie findet statt bei der Behandlung der schwebenden Rechtsgeschäfte (Buch I Titel 2), bei der Erhebung von Aussonderungs= und Absonderungsrechten (Titel 4 u. 5), bei der Prüfung der Konkursforderungen (Titel 6—8), bei der Ausübung des Anfechtungsrechtes (Titel 3), wie bei Entschließungen über Verwerthung der Masse oder bei Ermittelung der Voraussetzungen eines Zwangsvergleiches (§. 173) und den übrigen im Laufe des Verfahrens etwa vorkommenden Konstatirungen. Intention des Gesetzes ist es, daß die hier ertheilte Befugniß, welche dem für den Civilprozeß in §. 348 enthaltenen Fragerecht entspricht, möglichst ausgedehnt ausgeübt werden solle; „zahl=

---

42) Beschl. des RG. vom 5. Januar 1880 Bd. I S. 230.

43) Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung S. 434.

44) Hinsichtlich der Beschwerde in Konkurssachen vor einem Konsulatsgerichte vgl. §. 18 u. 19 des Ges. v. 10. Juli 1879.

reiche Prozesse" — sagen die Motive — „können durch eine vorgängige Ermittlung Seitens des Gerichtes vermieden und dadurch das ganze Verfahren erheblich abgekürzt werden."

b. (die erforderlichen Ermittelungen).

Bei den Berathungen (K.Prt. S. 60) war von Dr. Goldschmidt der Antrag gestellt, das Wort „erforderlich" als überflüssig zu streichen; es wurde jedoch dieser Antrag abgelehnt. Deshalb wird den „Betheiligten" das Recht zustehen, die Verfügungen des Konkursrichters auf Vornahme von Ermittelungen mit der Behauptung, daß dieselben „nicht erforderlich", also überflüssig und verzögernd seien, im Beschwerdewege anzufechten.

Als selbstverständlich ist — sagen die Motive — vorausgesetzt, daß das Konkursgericht jede andere zuständige Behörde um die Vornahme der Vernehmung oder sonstigen Ermittelung ersuchen kann. Eine solche wird, da sie nicht als „betheiligt" erscheint, die gestellten Requisitionen aus dem Grunde, daß sie „nicht erforderlich" sei, jedenfalls nicht ablehnen dürfen.

Zu den erforderlichen Ermittelungen gehört auch die Anordnung der Vorlage von Handelsbüchern und Tagebüchern der Mäkler nach Maßgabe der in Art. 38 und 79 Abs. 1 des A. d. HGB. und des §. 399 der R.-Civ.-Pr.-O. gegebenen Vorschriften [1]).

c. (Zeugen und Sachverständigen).

Das Gesetz gebraucht die Worte „Zeugen" und „Sachverständige" im technischen Sinne und will dadurch andeuten, daß die entsprechenden Vorschriften der Prozeßordnung über die Aufnahme des Beweises, insbesondere die Zeugenpflicht [2]), die Ablehnung der Sachverständigen, die zulässigen Zwangsmittel, die Entscheidung und die Zuziehung der Betheiligten u. s. w. auch im Konkursverfahren zur Anwendung kommen. Indessen ausdrücklich ist nichts darüber bestimmt, ob die Zeugen und Sachverständigen jedesmal beeidigt, bezw. die letzteren an ihren schon geleisteten Eid zurückerinnert werden müssen. Ich glaube daher, daß es von dem jeweiligen Ermessen des Konkursrichters oder dessen Stellvertreters, welcher die Vernehmung vornimmt, abhängt, ob die Beeidigung

---

1) Wegen Vorlage der Bücher des Gemeinschuldners vgl. den in §. 3 Abs. 1 des E.G. zur K.O. ausdrücklich vorbehaltenen Art. 40 der A. d. HGB. u. §. 112 Abs. 2 der K.O.

2) Zu bemerken ist, daß auch §. 348 der Civ.-Pr.-O. zur Anwendung kommt, demnach Frau und Kinder zur Verweigerung des Zeugnisses in Konkurssachen befugt sind, was nach Französischem und Preußischen Rechte nicht der Fall war. v. Sarwey S. 544.

vorzunehmen oder zu unterlassen sei. Es ist zwar in der nach §. 65 der KO. subsidiär zur Anwendung kommenden Civ.-Pr.-O. §. 356 und 375 als Regel vorgeschrieben, daß jeder Zeuge und Sachverständige vor seiner Vernehmung beeidigt werden muß, allein es ist dabei jedesmal der Beisatz gemacht: wenn nicht alle Parteien auf die Beeidigung verzichten. Dieses Verzichtrecht kann im Konkursverfahren nach der Natur der Sache nicht von einzelnen Gläubigern allein und auch nicht vom Gemeinschuldner allein ausgeübt werden, und auch von dem Konkursverwalter nicht in allen Fällen, sondern nur in denjenigen, in welchen er nicht an die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung nach §. 121 u. 122 der KO. gebunden ist. Unter den Fällen, in denen nach §. 67 der KO. Zeugen und Sachverständige über Verhältnisse vernommen werden sollen, welche blos das Verfahren betreffen, sind bei weitem die meisten nur von unbedeutender Art und bezwecken häufig nur die Erholung von Informationen zu vorläufigen Verfügungen, durch welche keine Rechtsnachtheile entstehen; ferner wäre im Konkursverfahren die Vernehmung aller Betheiligten darüber, ob sie auf Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen verzichten wollen oder nicht, in den meisten Fällen mit großen Weitläufigkeiten und Kosten verbunden, in sehr vielen Fällen aber, besonders vor dem Liquidations- und Prüfungstermine, würde eine solche Vernehmung gar nicht möglich sein. Unter diesen Verhältnissen und mit Rücksicht auf möglichste Vermeidung unnöthiger Eidesleistungen kann nicht wohl angenommen werden, daß in allen dergleichen Fällen ohne Ausnahme die Zeugen und Sachverständigen beeidigt werden müssen, und da wegen der großen Mannigfaltigkeit der Fälle überhaupt keine bestimmten Regeln aufgestellt werden können, nach §. 65 der KO. aber die Vorschriften der Civ.-P.-O. im Konkursverfahren nicht unbedingt als subsidiär giltig erklärt sind, sondern nur soweit, als nicht aus den Bestimmungen der KO. sich Abweichungen ergeben, so wird wohl die Entscheidung der Frage, ob die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen im Konkurse im einzelnen Falle geschehen solle, dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben müssen.[3]) Daß und aus welchen Gründen bei denjenigen Sachverständigen, welche nach §. 113 der KO. bei der dem Konkursverwalter obliegenden Aufzeichnung des Werthes der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände erforderlichen Falles beizuziehen sind, die Beeidigung jedenfalls unterbleiben darf und muß, wird weiter unten in den Bemerkungen zu §. 113 der KO. erörtert werden.

---

3) Ebenso v. Sarwey S. 544 und Wengler S. 426 a. A. Petersen S. 300 und v. Wilmowski S. 314.

Hinsichtlich der Gebühren für Zeugen und Sachverständige ist in der Gebührenordnung vom 30. Juni 1878 (welche nach §. 1 auch im Konkurse maßgebend ist) bestimmt, daß für Zeitversäumniß bei Zeugen per Stunde 10 Pfg. bis 1 Mk. zu vergüten kommt, bei Sachverständigen bis zu 2 Mk. Außerdem wird Reiseentschädigung geleistet.[4])

---

§. 68.

Bekanntmachungen und Zustellungen im Konkurse a).

Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen[b]) durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichtes bestimmte Blatt[c]); die Einrückung kann auszugsweise geschehen[d]). Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe[e]) des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenen Blattes.

Das Gericht kann weitere Bekanntmachungen anordnen[f]).

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung an alle Betheiligten[g]), auch wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.

I. E. §. 98; II. E. §. 68; P. H. E. Art. 773 Abs. 2; Pr. KO. §. 123, 148, 168, 183, 204; B. Pr. O. —

a. (Bekanntmachungen und Zustellungen im Konkurse). Richterliche Mittheilungen an die Betheiligten erfolgen im Konkursverfahren in sechsfacher Weise:

1) wie bereits erwähnt, kann nach mündlicher Verhandlung der Richter seine Verfügung mündlich verkündigen;

2) in bestimmten Fällen wird das den Betheiligten Kundzugebende auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt[1]);

---

4) Gegen die Festsetzung der Gebühr findet nach §. 17 der Geb.-Ordn. Beschwerde nach Maßgabe der §§. 531—536 der R.-Civ.-Pr.-O. statt, welche nach §. 4 Abs. 3 des Gerichtskostengesetzes entweder schriftlich (ohne Anwaltszwang) oder zu Protokoll der Gerichtsschreiberei eingelegt werden kann.

1) Abg. Hullmann hatte bei den Berathungen (K. Prt. S. 60) angeregt, ob nicht alle in mündlichen Verhandlungen erfolgte Entscheidungen, soweit das Gesetz nicht etwas Anderes bestimme, durch Niederlegung auf der Gerichtskanzlei publizirt werden sollten. Ein desfallsiger Antrag aber wurde nicht gestellt.

3) in anderen Fällen ist besondere Mittheilung (Ladung, Benachrichtigung) vorgeschrieben, und zwar ist diese jedesmal dann vorzunehmen, wenn die Konkursordnung anordnet, daß vor einer Entscheidung bestimmte Personen zu hören seien, z. B. in §§. 76, 97, 111, 194, 199, 205; hier ist der Nachweis der Zustellung an die betreffende Person oder deren gesetzlich zugelassene Vertretung erforderlich;

4) wieder in anderen Fällen [und dies sind die häufigsten[2])] ist lediglich öffentliche Bekanntmachung vorgezeichnet, z. B. in den §§. 73, 85, 90, 105, 139, 151, 175, 189, 191; hier kann der Richter aus speziellen Gründen noch an bestimmte Personen[3]) eine Ladung ergehen lassen, dieselbe ist aber nur gleichsam eine Privatsache, kein richterlicher Akt;

5) mitunter z. B. in den §§. 103 Abs. 3, 166 und 184 ist die besondere Ladung und Benachrichtigung gewisser Personen oder Kategorien[4]) neben der öffentlichen Bekanntmachung angeordnet;

6) für alle übrigen Mittheilungen ist eine bestimmte Vorschrift nicht ertheilt.

Der vorstehende Paragraph behandelt den Fall der öffentlichen Bekanntmachung, sei es, daß derselbe allein oder neben einer besondern Zustellung vorgeschrieben ist.

b. (die öffentlichen Bekanntmachungen).

Wenn dem Richter der Aufenthalt der Partei, welche geladen werden soll, unbekannt ist oder wenn eine unbestimmte Zahl von Personen, die der Richter zur Zeit nicht speziell laden kann, zum Erscheinen aufgefordert wird,[5]) so bedient man sich der Ediktalcitation[6]). Diese allgemeinen Vorforderungen verschiedener dem Namen nach nicht be-

---

2) Abg. Haanen hatte bei der Berathung (Prt. S. 60) den Wunsch ausgesprochen, daß alle Entscheidungen öffentlich bekannt gemacht werden sollten, doch wurde dies als zu theuer und nicht überall nöthig erklärt.

3) Wenn er deren Anwesenheit im Termine als ganz hervorragend nützlich findet.

4) „Die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner" (§. 103), „die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben" §. 166), „die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuß" (§. 170).

5) Man nennt diese Art von Ediktalcitation auch: Provokationen, vgl. Seuffert, Kommentar zur Bayer. G.-O. Bd. II S. 238.

6) Als einen Fall, wo die Ediktalcitation nicht paßt, führt (nach Thomasius juridischen Händeln) Kreittmayr in den Anmerkungen zum Cod. judic. Cap. V §. 3 denjenigen an, „da einer bei finsterer Nacht eine Maulschelle bekommen und darüber Klage gestellt hatte mit dem Begehren,

zeichneter Interessenten erfolgte ehedem durch öffentlichen Anschlag[7]) und zwar insbesondere an einem am Gerichtsgebäude befindlichen (schwarzen) Brette (Gerichtstafel, ad valvas judiciales). Der Gerichtsgebrauch[8]) führte bei zunehmender Journalistik neben dieser Art der Ediktalcitation die Inserirung der Ladung oder Mittheilung in die Zeitung ein und die Konkursordnung erklärt nunmehr diese letztere Form als Regel[9]).

Aber nicht nur die öffentliche Bekanntmachung durch Anschlag an die Gerichtstafel ist nicht mehr genügend, auch die an manchen Gerichten übliche Verkündung oder Mittheilung von Beschlüssen und Verfügungen durch Circularschreiben (Kurrenden) ist beseitigt[10]).

c. (in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichtes bestimmte Blatt).

Die Bestimmung dieses Blattes kann auch von Oberaufsichtswegen für alle Gerichte des Landes oder für jeden Kreis (Provinz) besonders geschehen; sie kann aber auch dem Gerichtsvorstande überlassen bleiben.

d. (Die Einrückung kann auszugsweise geschehen).

Dieser Zwischensatz fehlte in den Entwürfen und wurde in der 10. Sitzung der Justizkommission (K. Prt. S. 60) auf Anregung des Abg. v. Bahl, nachdem der Regirungsvertreter zugestimmt, aufgenommen. Jedenfalls aber wird der Richter[11]) bei Abfassung des Auszuges, den er

---

daß der Beschimpfer, welchen er nicht erkannt habe, edictaliter geladen werden möge. Bei der Universität zu Leipzig, wo er sich Raths erholte, gab man ihm den Bescheid: „Habt Ihr eine Maulschelle bekommen und wisset nicht, wer sie Euch gegeben hat, so seid Ihr schuldig, sie zu behalten."

7) Die älteste mir bekannte reichsgesetzliche Bestimmung findet sich (vgl. Schmauß ed. Schumann Vol I S. 135) im Augsburger Landfrieden von 1548 Tit. XIV §. 1: „welche Ladung auch im Falle, daß dieselbe dem Citirten nicht unter Augen oder in seiner gewöhnlichen Behausung verkündet werden möcht, an zweien oder dreien Enden, da sie dem Citirten zuversehentlich zu wissen kommen möcht, angeschlagen werden soll."

8) Seuffert am oben a. O.

9) Abweichend von der Civilprozeßordnung, welche in §. 187 die Anheftung an die Gerichtstafel als primäre Art der Veröffentlichung festhält.

10) Und mit Recht; eine unpraktischere Form der Verständigung kann nicht wohl gedacht werden, und es wirkte geradezu komisch, wenn ehedem der Gerichtsbote mit einem Convolut erschien, den Anwalt oder die Partei aufforderte zu unterschreiben, aber zugleich bemerkte, „er müsse gleich wieder fort", so daß man die umfangreiche Verkündigung kaum lesen, geschweige denn zu späterem Gebrauche abschreiben konnte.

11) Um nicht dem Horazischen Spruche zu verfallen: „brevis esse laboro obscurus fio."

selbst zu überwachen und keineswegs dem Gerichtsschreiber zu überlassen hat[12]), bestrebt sein müssen, alles Wesentliche der Entscheidung aufzunehmen. Eine Bekanntmachung etwa blos mit den Worten „es ist eine Entscheidung im Konkurse des X ergangen und kann das Nähere in der Gerichtsschreiberei eingesehen werden" [13]), oder Aehnliches ist keine „auszugsweise", sondern gar keine Bekanntmachung. Was nun speziell in den Auszug aufzunehmen ist, hängt von der konkreten Entscheidung ab, jedenfalls muß in analoger Anwendung des §. 188 der Civ.-Pr.-O. das Konkursgericht, der Gemeinschuldner, der Gegenstand, über welchen entschieden wird, und, wenn zu einer Verhandlung geladen wird, der Antrag, über welchen, und die Zeit, zu welcher verhandelt werden soll, im Auszuge enthalten sein.

Näheres wird bei Erörterung der einzelnen Paragraphen, in denen öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben ist, zur Besprechung kommen.

e. (mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe.)

I. Der zweite Tag nach der Ausgabe ist (wie bereits früher — vgl. Kommentar I. Abth. S. 331 — erörtert wurde, in analoger Anwendung des §. 199 der Civ.-Pr.-O.) so zu berechnen, daß der Tag der Ausgabe nicht mitgezählt wird, sondern zwei volle Tage nach diesem Tage frei bleiben. Z. B. wenn das Blatt den 1. Mai Mittags 12 Uhr ausgegeben wurde, so ist die Bekanntmachung erst am 4. Mai Morgens[14]) bewirkt. Ob die Tage Feiertage oder Werktage sind, ist einerlei; eine Analogie mit §. 16 Abs. 2 der KO. findet also nicht statt.

II. Es kann nun vor Allem der Zweifel entstehen, ob als Tag der „Ausgabe" des betreffenden Blattes derjenige zu betrachten ist, an welchem das letztere an dem Orte seines Erscheinens ausgegeben wird, oder derjenige Tag, an welchem das Blatt an demjenigen Orte ausgegeben wird, an welchem die Person oder die Personen wohnen oder sich aufhalten, bezüglich deren die Bekanntmachung Rechtswirkungen und Rechtsnachtheile mit sich bringt. Z. B. es wird das die Konkurseröffnung enthaltende Blatt am 1. Septbr. in München ausgegeben, in entfernter liegenden Orten aber erst am 2. oder 3. oder 4. Septbr. u. s. w., es

---

12) Nur die Besorgung liegt nach §. 187 der Civ.-Pr.-O. dem Gerichtsschreiber ob, von der Abfassung spricht der citirte Paragraph nicht.

13) Wie es in früherer Zeit bei manchen Gerichten Sitte oder vielmehr Unsitte geworden war.

14) Nämlich sobald es in der Nacht vom 3. auf 4. Mai 12 Uhr schlägt.

hat aber ein von München entfernt wohnender Schuldner des Gemeinschuldners an den Letzteren Zahlung geleistet, nachdem der 2. Tag zwar nach der Ausgabe des Blattes in München abgelaufen, an dem Wohn- oder Aufenthaltsorte des betreffenden Schuldners aber das Blatt noch keine zwei Tage lang oder vielleicht noch gar nicht ausgegeben war. Kann hier angenommen werden, daß der betreffende Schuldner nochmals zahlen müsse? Es stellt sich anscheinend als billig dar, daß die im §. 68 Abs. 1 bezeichnete Frist von zwei Tagen so berechnet werde, daß solche nur gegenüber denjenigen Personen gilt, welche an dem Orte wohnen oder sich aufhalten, an welchem das betreffende Blatt von der Expedition desselben ausgegeben wird, — gegenüber solchen Personen aber, welche an anderen Orten wohnen oder sich aufhalten, erst von dem Tage an, an welchem das Blatt von der Posterpedition ihres Wohn- oder Aufenthaltsortes ausgegeben wird, und wenn die betreffenden Personen auch von dem Orte der Posterpedition entfernt wohnen, z. B. in Dörfern oder auf Landgütern, — von dem Tage an, an welchem das Blatt an dem Wohn- oder Aufenthaltsorte dieser Personen von dem oder den Boten ausgetragen zu werden pflegt, welche von der einschlägigen Post-Expedition zur Austragung der an die Orte der Umgegend bestimmten Sendungen aufgestellt sind.

Allein es fällt in die Augen, daß bei einer solchen Auslegung jeder feste Termin für die Rechtskraft sowohl als für die Weiterführung des Konkursverfahrens fehlen würde. Der Richter müßte in jedem einzelnen Falle für jeden Betheiligten eine eigene Berechnung und ein Nachweisverfahren für den Tag der speziellen Ausgabe einleiten und der Zweck des §. 68 Abs. 3 wäre vollständig vereitelt. Es muß daher, wenn auch darin eine gewisse Härte liegt, dennoch als „Ausgabe" des Blattes die Ausgabe desselben an das Publikum an dem Orte, wo es erscheint, erachtet werden[15]).

Die vorstehenden Erörterungen gelten auch bezüglich des „Deutschen Reichsanzeigers" in den Fällen, in welchen nach §. 103 Abs. 2. der KO. die Bekanntmachung des Konkurseröffnungsbeschlusses und des offenen Arrestes sowie die Anmeldefrist und der allgemeine Prüfungstermin auch in den Reichsanzeiger eingerückt werden muß. Hier entscheidet lediglich der Tag der Ausgabe in Berlin, indessen ist dieser nicht materiell maßgebend (vgl. hierüber unten bei §. 103).

---

15) Dies muß auch schon in Analogie des Art. 2 der Reichsverfassung angenommen werden.

III. Es ist oben bemerkt, daß nur die Ausgabe für das Publikum entscheidet; wenn also z. B. das Blatt in einer Anzahl von Exemplaren am Abend noch zur Post gebracht würde, um die auswärtige Versendung zu beschleunigen, die allgemeine Ausgabe aber fände erst am folgenden Morgen statt, so würde dieser letztere Tag der Berechnung zu Grunde gelegt werden müssen.

Wie ist es aber, wenn der Tag der faktischen Ausgabe mit dem Datum des Blattes nicht harmonirt (was Regel sein dürfte, da die Zeitungen z. B. vom Donnerstag regelmäßig schon am Mittwoch Abends ausgetragen werden). Ich glaube, in Anbetracht der nöthigen Sicherheit zur Berechnung und im Hinblicke auf das Reichsgesetzblatt, für welches auch als Tag der Ausgabe das auf demselben gedruckte Datum gilt: nur das gedruckte Datum ist entscheidend[16]).

IV. Ein Exemplar des Blattes oder (wenn nach lit. f. die Bekanntmachung in mehreren Blättern veröffentlicht wird) der Blätter ist zu den Konkursakten zu nehmen[17]).

f. (kann weitere Bekanntmachungen anordnen).

Nämlich sowohl öftere, als die einmalige, wie auch in anderen als dem in lit. c. bezeichneten Blatte. Eine mehrmalige Bekanntmachung ist in der Konkursordnung nirgends als obligatorisch erklärt. Dagegen ist, wie bereits erwähnt, nach §. 103 Abs. 3 das Gericht verpflichtet, den Beschluß auf Eröffnung des Konkurses, verbunden mit dem offenen Arreste, der Anmeldefrist und den Terminen, auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger einrücken zu lassen.

Der Konkursrichter kann übrigens auch[18]), wenn er es ausnahmsweise für zweckmäßig erachtet, die „weitere Publikation[19])" durch An-

16) Ebenso Wengler S. 429. Stieglitz S. 424. Bei Vordatirung verlängert sich also die Frist um einen Tag, was bei der ohnehin kurzen Zeit, die das Gesetz zwischen die Ausgabe und die Wirksamkeit gelegt hat, kein Nachtheil genannt werden kann. A. Ansicht Fitting §. 26 Note 4, Petersen S. 301, v. Sarwey S. 545, v. Wilmowski S. 315.

17) Wird die Publikation ausnahmsweise mittelst Anschlages bewirkt, so ist derselbe nach der Wiederabnahme zu den Akten zu nehmen und zwar unter Bestätigung durch den Gerichtsschreiber über die Zeit der Anheftung und Abnahme.

18) Motive zum II. E. S. 300.

19) Die eine ordnungsgemäße öffentliche Bekanntmachung in dem zu amtlichen Veröffentlichungen des Gerichtes bestimmten Blatte ist selbstverständlich jedenfalls nicht zu unterlassen und nicht etwa durch solche anderweite Maßregeln ersetzbar.

schlag an die Gerichtstafel, Anheften an der Börse und ähnliche Maßregeln[20]) bewerkstelligen. Hauptsächlich wird naturgemäß die „weitere Bekanntmachung" darin bestehen, daß der Richter die Mittheilung außer in dem amtlich bestimmten Blatte noch in einer anderweitigen Zeitung abdrucken läßt. Es ist hier zu empfehlen, daß man bei dieser Auswahl vor Allem den Kreis der Geschäftsverbindungen des Gemeinschuldners, soweit er dem Gerichte bekannt ist, berücksichtigt[21]). Die Preußische Instruktion vom 5. August 1855 verfügt in dieser Beziehung in §. 11 Folgendes: „Es ist im Auge zu behalten, daß es darauf ankommt, die Konkurseröffnung schleunigst und mit möglichster Sicherheit in einem den Verhältnissen des Gemeinschuldners entsprechenden Umfange zur Publizität zu bringen. Es sind daher hauptsächlich solche Blätter zu wählen, durch welche die Bekanntmachung eine schleunige und weite Verbreitung an den Orten oder in den Gegenden findet, wo der Gemeinschuldner wohnt oder sich aufhält oder Vermögen besitzt oder bisher sein Geschäft betrieben hat. Jedoch muß eine unverhältnißmäßige Häufung der Kosten vermieden werden[22])."

Bei Geschäftsverbindungen des Gemeinschuldners mit dem Auslande dienen natürlich Lokalblätter schlecht zur Publikation; soll Etwas in außereuropäischen Ländern gelesen werden (was bei Konkursen z. B. über bedeutende Firmen nicht unnöthig erscheint), so gewährt wohl nur die Inserirung in der „Augsburger Allgemeinen Zeitung" hiefür den Weg[23]).

---

20) Eine gewisse Schonung wird aber der Gemeinschuldner immerhin beanspruchen können. Eine Anheftung der Ediktalien an die Straßenecken braucht er sich nicht gefallen zu lassen. Die ehedem in manchen Gegenden für allerlei Bekanntmachungen übliche Vorlesung von der Kanzel wird durch die geänderten Sitten als ausgeschlossen zu erachten sein.

21) Die vortreffliche Bemerkung von Seuffert (Kommentar zur Bayer. Ger.=O. Bd. IV S. 414 Note 12) darf nicht in Vergessenheit kommen; ich setze sie hieher: „Wenn man Gläubigerladungen in Konkursen von gering begüterten Bauern aus irgend einem unbekannten Erdenwinkel in der „Allgemeinen Zeitung" oder in der „Kölnischen" liest, so drängt sich der Gedanke auf, der Gerichtsvorstand habe bei der Auswahl dieser Blätter nichts Anderes bezweckt, als auf Kosten der Gantmasse seinem Namen gewissermaßen eine Europäische Celebrität zu verschaffen."

22) Seuffert bemerkt a. a. O.: „Blätter, welche weniger für die Einrückung berechnen, sollten — wenn es an deren gehöriger Verbreitung in dem bezeichneten Kreise nicht fehlt — vor anderen gewählt werden.

23) Bei Ladungen müssen natürlich auch vernünftige Termine gewählt werden; wenn ich vermuthe, daß in Newyork sich Gläubiger des Gemeinschuldners

Die oben erwähnte Preußische Instruktion gibt noch einen weiteren sehr beachtenswerthen Wink, indem sie sagt: „Alle im weiteren Verlaufe des Konkursverfahrens zu erlassenden öffentlichen Bekanntmachungen sind, soferne nicht besondere Umstände eine Ausnahme begründen, durch dieselben Blätter zu bewirken, welche das Gericht für die Bekanntmachung der Konkurseröffnung gewählt hat.

g (an alle Betheiligten.)

Dieser Ausdruck kehrt öfters wieder[24]) z. B. in den §§. 78, 128, 139, 156, 165. Mitunter bezeichnet das Gesetz selbst diejenigen Personen, welche es als betheiligt erachtet, z. B. in §. 78 (Gemeinschuldner, alle Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter), §. 88 (die widersprechenden Konkursgläubiger und der Verwalter), in §. 91 (die überstimmten Gläubiger und der Verwalter), in §§. 133 und 135 (alle Konkursgläubiger), in §. 174 (der Gemeinschuldner und jeder nicht bevorrechtigte Gläubiger), in §. 189 (die Konkursgläubiger). Wo dieses nicht der Fall ist, muß aus den konkreten Verhältnissen sich ergeben, wer als „betheiligt" zu erachten sei. Nur darf man den Ausdruck nicht als identisch mit „interessirt" erklären; denn interessirt am Verfahren sind manche Personen[25]), welche nicht als Betheiligte des Verfahrens erachtet werden können.

---

§. 69.

Wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung[a]) eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, so kann dieselbe[b]) durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf es nicht[c]).

Die dem Verwalter obliegenden Mittheilungen können unmittelbar und ohne besondere Form geschehen[d]).

I. E. §. 98 Abs. 4; II. E. §. 69; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 148 Abs. 2. B. Pr. O.

a. (neben der öffentlichen Bekanntmachung).

I. Die besondere Zustellung an bestimmte Personen ist (wie bereits oben S. 35 erwähnt) in der Konkursordnung theils neben der öffent-

---

befinden, darf ich nicht am 1. Mai dieselben auf den 14. Mai vorladen; denn auf Instruirung der Bevollmächtigten mittelst Kabeltelegramm kann man nicht rechnen.

24) In §. 87 steht dafür der Ausdruck „die Parteien".

25) Z. B. die Ehefrau des Gemeinschuldners, die Gemeinde (als Armenpflege) u. s. w. Vgl Pütter in Rassow und Küntzels Beiträgen 1883 S. 326 ff.

lichen Bekanntmachung, theils für sich allein vorgeschrieben. Nur von der ersteren Art spricht der §. 69, und es folgt aus der im Gesetze gewählten beschränkenden Fassung (argumento e contrario), daß für die Fälle, in denen (vgl. §§. 76, 97, 111, 194, 199 u. 205) die besondere Zustellung für sich allein vorgeschrieben ist, dieselbe nach den allgemeinen Regeln, also nach Buch I Abschnitt III Titel 2 der RCivPr.-O. zu erfolgen hat.

Eine solche besondere Zustellung muß daher entweder dem Gerichtsvollzieher übertragen werden (§. 152 der RCivPr.-O.), welcher sie selbst oder durch die Post (§. 176 der RCiv.-Pr.-O.) bethätigt, oder es hat der Gerichtsschreiber selbst (§. 179 der RCiv.-Pr.-O.) die Zustellung durch die Post zu vermitteln[1]).

II. Wenn dagegen die besondere Zustellung nicht für sich allein, sondern nur neben der öffentlichen Bekanntmachung im Gesetze geboten ist (§§. 103 u. 184, dann 166), so kann dieselbe immer, auch wenn der Betheiligte am Orte selbst wohnt, durch Aufgabe zur Post[2]) erfolgen[3]).

---

1) Es besteht eine Kontroverse, ob im Konkursverfahren die Zustellung durch Aufgabe zur Post nach §. 161 der RCiv.-Pr.-O. nur bei solchen Personen zur Anwendung komme, welche im Deutschen Reich keinen Wohnsitz haben, weil die in §. 160 Abs. 1 als Voraussetzung hiefür bei den im Deutschen Reiche Domizilirenden enthaltene gerichtliche Aufforderung zur Bezeichnung eines Zustellungsbevollmächtigten „einen Antrag" voraussetze, welcher im Konkurse nicht wohl vorkommen könne (Stieglitz S. 427), oder ob dieselbe eintritt bei den nicht am Orte des Konkursgerichts wohnenden Personen, wenn sie nach auf Antrag des Verwalters ergehender Aufforderung einen Zustellungsbevollmächtigten aufzustellen unterlassen haben (v. Sarwey S. 547 Nr. 3), oder in allen Fällen, wenn der Betheiligte auswärts wohnt. Ich glaube letzteres, da es nach der Natur des Konkurs-Verfahrens einer besonderen Aufforderung zu einer solchen Aufstellung nicht bedarf und für jeden Betheiligten die Regel des §. 160 Abs. 2 der RCivPr.-O. analog anwendbar erscheint, auch wenn er im Deutschen Reiche wohnt.

2) Das Wort „durch Aufgabe" war zuerst (K. Prt. S. 61) in „mittels" geändert, wurde aber in zweiter Lesung (K. Prt. S. 161) wieder hergestellt.

3) Die Allgemeinheit, welche §. 152 der Civ.-Pr.-O. zur Schau trägt, gründet bekanntlich in dem Umstande, daß allerdings im Entwurfe der Gerichtsvollzieher einziges Zustellungsorgan war; durch den Bundesrath ist aber die Post als völlig gleichberechtigt eingetreten und es ist wirklich nicht abzusehen, weshalb im Konkurse der Gerichtsschreiber erst einen Gerichtsvollzieher beauftragen muß in solchen Fällen, in welchen dieser nichts anders zu thun hat, als die Schriftstücke auf die Post zu tragen. Die Motive (zum I. E. S. 30) bemerken, die Bestimmung wolle eine „einfache und

Dieser Ausdruck ist ein technischer und der §. 161 der RCivPr.-O. regelt das hiebei zu beobachtende Verfahren.

III. Die neben der öffentlichen Bekanntmachung zu erlassenden Zustellungen sind nicht von rechtlicher Bedeutung; denn nach §. 68 Abs. 3 gilt in diesen Fällen als wirkliche und wirksame Zustellung nur die öffentliche Bekanntmachung. Nur ihr Datum ist entscheidend, z. B. für den Beginn einer Frist u. s. w.[4]).

b. (kann dieselbe).

Obligatorisch ist die in lit. a erörterte Art der Zustellung nicht; der Gerichtsschreiber kann auch in solchen Fällen die Zustellungsart nach §. 176 der RCiv.-Pr.-O. wählen. Es kann aber auch eine Mittheilung der z. B. anwesenden Partei direkt gemacht oder etwa, wenn es sich um eine Ladung handelt, diese mittelst „Verschaffzettels"[5]) bewerkstelligt werden.

c. (Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes bedarf es nicht).

Diese Bestimmung lautete ursprünglich: „Einer Beglaubigung des mitzutheilenden Schriftstückes bedarf es nicht." Dieselbe wurde bei der Berathung lebhaft bekämpft[6]), man fand darin von einer Seite keine genügende Garantie, daß die Parteien nicht etwa unrichtige Schriftstücke in die Hände bekämen. Mit Recht wurde aber auf den Umstand hingewiesen, daß die öffentliche Bekanntmachung das Wesentliche und Entscheidende sei,

---

Kosten ersparende Form" schaffen. Wenn aber immer ein Gerichtsvollzieher beigezogen werden soll, wo bleibt da die Einfachheit und Kostenersparniß? Ich habe daher in der I. Auflage die Ansicht vertreten, daß solche Zustellungen bewirkt werden können, indem der Gerichtsschreiber die Verfügung als „eingeschriebene" Postsendung aufgibt, und als Zustellungsnachweis den Postschein zum Akt bringt. Die Praxis hat indessen diese Erleichterung nicht acceptirt, sowie auch die übrigen Kommentatoren sich für die strikte Anwendung des §. 161 der RCiv.-Pr.-O. ausgesprochen haben. Die ganze Erleichterung besteht somit darin, daß die Zustellung an den Adressaten selbst nicht auch noch nachgewiesen werden muß.

4) Und zwar nicht blos (wie Hullmann S. 224 und Petersen S. 301 und v. Wilmowski S. 315 annehmen), wenn die besondere Zustellung später erfolgt ist, sondern auch dann, wenn die öffentliche Bekanntmachung das Spätere ist. Ebenso v. Sarwey S. 545, Wengler S. 478; denn „was dem Einen recht ist, ist dem Andern billig".

5) Er kann sicher z. B. dem Gemeinschuldner durch den Gerichtsboten ein Schriftstück zuschicken des Inhaltes: „Hr. N. N. wird ersucht, sich am 10. l. M. Vormittag 9 Uhr im Bureau VI einzufinden".

6) Vgl. K. Prt. S. 61 und 62.

daß die Mittheilungen in der Regel in Ausfüllung eines gerichtlichen Formulars bestehen und jedenfalls das Couvert mit dem Gerichtssiegel verschlossen sein müsse, endlich, daß sich Niemand das Vergnügen machen werde, z. B. die Gläubiger mittelst imitirter Formulare zu laden.

Zu bemerken ist immerhin:

1) daß, wenn einem Betheiligten ein Schriftstück selbst zuzustellen ist, dieses beglaubigt sein muß; die Gestattung der Zustellung unbeglaubigter Ausfertigungen erstreckt sich nur auf „Abschriften". Also z. B. die Abschriften des Eröffnungsbeschlusses, welche an die sämmtlichen gerichtsbekannten Gläubiger hinausgehen, bedürfen nicht der Unterzeichnung und Siegelung durch den Gerichtsschreiber.

2) Ferner darf die obige Erleichterung nicht dazu führen, daß die Kontrole über das, was hinausgeht, unterlassen wird. Der Gerichtsschreiber hat daher allerdings jede einzelne Abschrift zu kollationiren oder kollationiren zu lassen und haftet für den richtigen Inhalt sowohl wie für richtige Adresse.

3) Die Urschrift der Mittheilung oder Ladung ist selbstverständlich in authentischer Form herzustellen. Auf dieser sind dann auch die geschehenen Zustellungen zu bemerken; wo ein Gerichtsvollzieher mitwirkt, durch eine den Bestimmungen der Civ.-Pr.-O. (§. 167 Ziff. 2, 3 u. 7 und §. 168) entsprechende Urkunde.

d. (unmittelbar und ohne besondere Form geschehen).

I. Nicht die Mittheilungen an den Verwalter, sondern die von dem Verwalter ausgehenden[7]) Mittheilungen (z. B. nach §§. 121, 122, 123 Abs. 1 und 147 Abs. 2) sind hier gemeint. Auch nur die „Mittheilungen" im engeren Sinne: z. B. wenn der Verwalter bei der nach §. 113 d. KO. vorzunehmenden Aufzeichnung die Anwesenheit des Gemeinschuldners wünscht, kann er ihn durch eine Postkarte einladen u. dgl. Wo es sich aber um eine vom Verwalter vorzunehmende präjudizielle Handlung frägt, findet die Gestattung formlosen Vorgehens keine Anwendung. Wenn daher z. B. der Konkursverwalter in Gemäßheit des §. 115 der KO. nach Anfertigung des Inventars den Gemeinschuldner in die Gerichtssitzung zur Leistung des Offenbarungseides laden will, so kann er ihn hiezu nicht brieflich auffordern, sondern er muß ihm die Ladung durch einen Gerichtsvollzieher in üblicher Form zustellen lassen[8]).

---

7) So lautet §. 98 des I. E.

8) Ebenso Fitting §. 26 Note 9, Stieglitz S. 428 u. v. Wilmowski S. 316.

Aus der Fassung des Gesetzes geht hervor, daß die Mittheilungen auch mündlich geschehen können; indessen wird der Verwalter, um sich seinerzeit ausweisen zu können, gut thun, in Fällen von irgend welcher Relevanz sich wenigstens der schriftlichen Form zu bedienen und Kopie sowie Postnachweis zu behalten.

II. Die Bestimmung des vorstehenden Artikels findet keine Anwendung im Falle des §. 139 der KO., da hier für die vom Verwalter den Betheiligten zu machenden Mittheilung eine spezielle Anordnung getroffen ist.

II. Der Konkursverwalter.

§. 70.

Ernennung. Kautionspflicht.

Der Konkursverwalter [a]) wird von dem Gerichte ernannt [b]).

Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit [c]) auferlegen [d]).

I. E. §. 76; II. E. §. 70; P. H. E. Art. 779; Pr. KO. §. 128; B. Pr. O. Art. 1195 Ziff. 1 u. 2.

a. (der Konkursverwalter).

Die wichtigste Person im Konkurse ist der Konkursverwalter (Administrator, Güterpfleger, curator bonorum, Massecurator). Ueber seine rechtliche Stellung ist bereits in der Einleitung (Abth. I S. 39 ff.), über seine Rechte und Pflichten im Allgemeinen bei §. 5 (a. a. O. S. 122 ff.) gehandelt; die näheren Erörterungen werden gelegentlich der in einzelnen Paragraphen besonders festgestellten Befugnisse und Obliegenheiten desselben gegeben werden.

I. Was nun vor Allem die Frage betrifft, wer den Konkursverwalter zu bestellen habe [1]), so wurde derselbe gemeinrechtlich [2]) zwar vom Gerichte bestellt, aber nach vorgängiger Wahl von Seite der Kreditoren ge-

---

1) „Ueber den Umfang des auf die Ernennung des Konkursverwalters den Gläubigern einzuräumenden Einflusses ist viel gestritten worden", sagen die Motive, deren (S. 301—308 zum II. E.) ausführliche Darstellung der verschiedenen Gesetzgebungen hierüber sehr lesenswerth ist.

2) Fr. 2 D. de curatore bonis dando (42, 7): „de curatore constituendo hoc jure utimur, ut Praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu majoris partis creditorum."

mäß der Mehrheit der Stimmen [3]). Die Konkursordnung befolgt das entgegengesetzte System [4]); ernannt wird der Verwalter vom Gerichte, die Gläubiger können aber nachträglich hiegegen sich stellen (vgl. §. 72) und eine andere Person wählen, die hinwiederum vom Gerichte abgelehnt werden kann.

II. Das Gesetz beschränkt die Auswahl der Personen zur Stelle des Konkursverwalters in keiner Weise [5]), und ich bin daher der Ansicht, daß eine solche Beschränkung auch nicht bezüglich des Gemeinschuldners anzunehmen ist [6]). Denn der §. 5 der KO. entzieht dem Kridar nicht die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen; derselbe verliert nur die Befugniß, das Vermögen als seines zu verwalten und darüber, als sei es ihm gehörig, zu verfügen. Der Konkursrichter wird ihn allerdings nicht zum Verwalter ernennen dürfen [7]), denn seine Pflicht ist es vor Allem, demselben mit der Eröffnung des Konkurses die Verwaltung des Vermögens zu entziehen, und damit stände im Widerspruch, wenn er sofort ihm dieselbe wieder übertragen wollte. Allein wenn die Gläubiger z. B. einstimmig ihn für den besten Mann erklären [8]), die Verwaltung zu führen, welches Interesse hätte das Gericht, ihm die Bestätigung zu versagen [9])?

---

3) Fuchs S. 54 räumt dem Gerichte nicht blos im Falle die Gläubiger sich nicht einigen (wie v. Bayer a. a. O. S. 116 und Schweppe a. a. O. S. 195), sondern auch bei ungeeigneter Wahl ein selbständiges Ernennungsrecht ein.

4) Sehr schön und ausführlich begründet in den Motiven zum I. E. S. 9 ff.

5) Wer überhaupt nicht Kurator sein darf (vgl. §. 34 Nr. 6 des RStGB.), kann natürlich auch nicht Konkursverwalter sein. Hienach entscheidet sich auch die Frage, ob die Aberkennung der Ehrenrechte für die Dauer der im Urtheile bestimmten Zeit die Ernennung zum Konkursverwalter ausschließe, bejahend. Denn nach §. 36 Nr. 6 der RStPO. bewirkt diese Aberkennung die Unfähigkeit „Kurator“ zu sein. Ebenso Fitting §. 29 Note 4; Mandry S. 99; v. Wilmowski S. 316. Wo im Civilrechte Frauenspersonen zur Kuratel unfähig erklärt sind, können sie auch nicht Konkursverwalter werden; wo dies aber nicht positives Recht ist, schließe ich mich dem alten Ludovici (Einleitung zum Konkursprozeß, Halle 1709) an, welcher sich zu Gunsten der Frauen ausspricht.

6) Andrer Ansicht die Motive zum I. E. S. 12, zum II. E. S. 304; ebenso Fitting S. 248 Note 5; Fuchs S. 102; v. Wilmowski S. 316.

7) In dieser Hinsicht muß ich mich (gegen die I. Auflage) reformiren.

8) Ich habe bereits (Abth. 1 S. 126 Note 16) einen Fall der Art aus der Praxis erwähnt.

9) Gemeinrechtlich war die Frage bestritten, Leyser in seinen Meditationen

In der Regel werden übrigens die Gläubiger den Gemeinschuldner ohnehin nicht wählen.

Die Verwandten des Kridars sind nicht absolut ausgeschlossen[10]), indessen wohl in der Regel nicht tauglich.

Auch ein Konkursgläubiger[11]) kann ernannt werden, nur muß in diesem Falle auch für einen Ersatzmann gesorgt sein. (Vgl. unten zu §. 129 u. Note 2 zu §. 72.)

Was nun die Momente betrifft, welche bei der Ernennung des Verwalters besonders in Betracht zu ziehen sind, so sagt hierüber die Preußische Instruktion von 1855 in §. 13: „Zuverlässigkeit und Geschäftskenntniß sind die Eigenschaften, auf welche bei der Auswahl hauptsächlich zu sehen ist. Namentlich kommt es für den kaufmännischen[12]) Konkurs darauf an, daß der Verwalter eine praktische Bekanntschaft mit den Verhältnissen und Geschäften des Handelsverkehrs besitzt. Das Gesetz legt kein besonderes Gewicht darauf, daß der Verwalter ein Rechtsverständiger ist; dies schließt jedoch keineswegs aus, daß die Wahl auf einen Rechtsanwalt fallen kann, soferne nur bei demselben die Eigenschaften des Verwalters, wie sie die Beschaffenheit der Konkursmasse im konkreten Falle erfordert, anzutreffen sind". Dieser letztere Gesichtspunkt ist wohl der am meisten zu beachtende; nach der „Beschaffenheit der Konkursmasse im konkreten Falle" hat der Richter die Wahl zu treffen. Ist z. B. eine Fabrik Hauptbestandtheil des schuldnerischen Vermögens, so wird man einen Verwalter, der in diesem Fabrikationszweig technische Kenntnisse hat, wählen, namentlich um sie für Rechnung der Masse fortführen zu können u. s. w.

Was die Juristen besonders anlangt, so schwankte die Ansicht über ihre Zulässigkeit zu dem Amte erheblich; sie bewegte sich von der Meinung, der Verwalter müsse rechtskundig sein[13]), bis zu dem in der Bayerischen Novelle von 1819 §. 35 zum gesetzlichen Ausdrucke gebrachten Verbote:

(Spec. 491 med. 3) schlug sogar vor, die Konkurskuratel immer dem Gemeinschuldner und seiner Frau zu überlassen. Freilich sollten sie „annehmliche Caution" bestellen; und wo diese hernehmen und nicht stehlen? vgl. Puchta, Beiträge Bd. II S. 367.

10) Gemeinrechtlich wird dies von Einigen behauptet, z. B. Schweppe a. a. O. S. 195, und in der Pr. KO. §. 129 Abs. 2 ausgesprochen.

11) Ein Schuldner des Gemeinschuldners ist jedenfalls wählbar.

12) Die Preußische Konkursordnung behandelt im zweiten Titel bekanntlich nur das Verfahren in diesem; auch in Zukunft werden dieselben jedenfalls die wichtigsten nnd häufigsten sein.

13) Dabelow, Versuch einer .... Erläuterung der Lehre vom Konkurs (1792) S. 581 Note u und Kori, System (1807) §. 83.

„bei Konkursen und Debitwesen soll in der Regel kein Advokat als Massekurator bestellt werden[14])“. Die KO. spricht sich weder für noch gegen die Wahl von Rechtsanwälten aus, hinsichtlich der Notare bemerken die Motive, daß zwar die praktische Erfahrung derselben auf dem Gebiete der Vermögensverwaltungen, welche recht eigentlich zu ihrem Berufe gehört, das Vertrauen, dessen sie sich als Rathgeber des Publikums in geschäftlichen Angelegenheiten aller Art erfreuen, und die in ihrer amtlichen Stellung und in ihrem Standesbewußtsein liegenden Garantien sehr für sie sprechen; indessen sei zu befürchten, daß ihre sonstigen Berufsgeschäfte es ihnen häufig unmöglich machen werden, sich mit der Ausschließlichkeit und Energie, welche in größeren und verwickelteren Konkursen geboten ist, ihrer Aufgabe zu unterziehen, und daß ihnen häufig die nöthigen kaufmännischen und technischen Kenntnisse abgehen[15]). Beamte sind fast überall gesetzlich von der Uebernahme bezahlter Nebenämter (also auch von der Konkursverwaltung) ausgeschlossen[16]); Rechtspraktikanten sollte man auch nicht leicht wählen, wie denn die oben citirte Preußische Instruktion verfügte: „Auskultatoren und Referendarien sind zu Verwaltern nicht zu bestellen.“

Endlich muß ich noch aus den Motiven folgende Stelle hieher setzen, welche die Ergebnisse des von dem Gesetze adoptirten Systems, das schon bisher in Preußen galt, folgendermaßen zusammenfaßt: „In den großen Städten sind bald unter den Handels- und Gewerbetreibenden tüchtige Persönlichkeiten ermittelt worden, deren Zuverlässigkeit und geschäftliche Gewandtheit in der Erledigung der ihnen aufgetragenen Verwaltungen die Gerichte bestimmt hat, regelmäßig auf sie zurückzugreifen[17]); thatsächlich hat sich hier eine Klasse von ständigen Konkursverwaltern gebildet, welche alle Vorzüge der (z. B. in Belgien bestehenden) liquidateurs assermentés, aber ohne die Nachtheile einer gesetzlich monopolisirten Klasse in sich vereinigt. Auch in weniger gewerbreichen Gegenden ist es vielfach gelungen, durch Kommunikation mit den Ortsbehörden und Handels-

14) Gönner bemerkt in seinem Kommentar hiezu: „daß der fragliche Advokat Mitgläubiger ist, rechtfertigt für sich keine Ausnahme“.

15) Für Bayern ist durch Art. 4 u. 10 des Notariatsgesetzes dem Notar die Uebernahme einer solchen Verwaltung zwar nicht verboten, allein praktisch hatten bisher die Notare nur in den seltensten Fällen eine Massekuratel.

16) Mitunter müssen sie nur die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde nachsuchen, z. B. die Gerichtsvollzieher in Preußen nach der Gerichtsvollzieher-Ordnung v. 1879.

17) Es ist doch sehr fraglich, ob die Gerichte gut thun, eine solche Kaste heranzuziehen, wenn sie auch sehr bequem sein mag.

korporationen außerhalb der geschlossenen Beamtenkreise geeignete Konkursverwalter zu finden. In den rein ländlichen Bezirken hat man in der Regel die grundsätzlich nirgendwo ausgeschlossenen Rechtsanwälte (und Notare) oder erfahrene Bureaubeamte[18]) zu Verwaltern ernannt". Im Allgemeinen wird sich wohl auch unter der Herrschaft der neuen Konkursordnung die Sache in ähnlicher Weise entwickeln.

III. Nach früherem Bayerischem Rechte mußte der Konkursverwalter unter denjenigen Personen gewählt werden, welche am Orte des Konkursgerichtes ihren Wohnsitz haben[19]). Es frägt sich, ob diese Vorschrift auch im Sinne der neuen Konkursordnung gelegen ist?

Für die Bejahung der Frage scheint zu sprechen, daß im Konkursverfahren vielfach Verhandlungen vorkommen, welche es nothwendig oder doch sehr zweckmäßig machen, daß der Konkursverwalter am Gerichtssitze wohne: z. B. die Termine zur Anmeldung und Prüfung der Forderungen, zur Wahl eines definitiven Konkursverwalters und Gläubiger-Ausschusses, zur Abnahme und Prüfung der Schlußrechnung, zu den Abschlags- und Schlußvertheilungen und zu anderen Gläubiger-Versammlungen.

Ich glaube aber, daß die Frage gleichwohl zu verneinen ist[20]), denn zu allen diesen Verhandlungen kann der Konkursverwalter, wenn er nicht am Sitze des Konkursgerichtes wohnt, in der Regel ohne namhafte Kosten hinreisen; es kommt aber oft vor, daß das Vermögen des Gemeinschuldners ganz oder zum größten Theile sich an anderen Orten befindet, als an welchem der Gemeinschuldner seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat; in solchen Fällen macht die KO. §. 64 keine Ausnahme von der Gerichtszuständigkeit hinsichtlich des Konkurses, sondern beläßt solche gleichwohl demjenigen Amtsgerichte, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ein Konkursverwalter aber, welcher von dem Ort oder von den Orten, wo das Vermögen liegt, weit entfernt wohnt, kann hinsichtlich der Verwaltung solchen Vermögens nicht viel ausrichten, wenigstens nicht ohne namhafte Beschwernisse und Kosten. Für solche Fälle wird es daher unvermeidlich sein, einen Konkursverwalter aufzustellen, welcher nicht am Sitze des Konkursgerichtes wohnt, ja oft weit

---

18) Natürlich nicht eigentliche Staatsdiener.

19) Novelle von 1819 §. 35: „einen am Orte des Konkursgerichtes wohnhaften dazu tauglichen Gläubiger".

20) Der Satz der Motive: „ebensowenig bedarf es besonderer Bestimmungen über den Wohnort des Verwalters" ist nach ihrem Zusammenhange auch in diesem verneinenden Sinne auszulegen. Mit mir stimmt überein Stieglitz S. 429 u. v. Wilmowski S. 317.

entfernt davon; und selbst das kann die Wahl nicht ausschließen, daß der etwa für passend erachtete Mann in einem anderen Gerichtsbezirke wohnt. Für gewisse Vermögensobjekte, z. B. große Landgüter, Fabriken, Eisen- und Hüttenwerke u. s. w., werden nicht immer Personen am Gerichtssitze zu finden sein, welche die Leitung und Verwaltung von dergleichen Geschäften verstehen. Aus diesen Gründen muß wohl angenommen werden, daß unser Gesetzestext absichtlich dem Konkursgerichte keine Beschränkung hinsichtlich des Wohnortes des Konkursverwalters auferlegt hat.

k. (ernannt).

I. Die Ernennung des Konkursverwalters findet sofort bei der Eröffnung des Konkurses statt. (Vgl. §. 102 der KO.) Sie muß in allen Fällen stattfinden. Die Ausnahme, daß bei kleineren Konkursen überhaupt ein Kurator nicht nöthig sei (Schweppe §. 98 Note 5) oder daß Massen, die nur in Renten und Mobilien bestehen, vom Gerichte selbst verwaltet werden könnten[21]), ist der Konkursordnung gegenüber nicht mehr haltbar. Sollte während des Konkursverfahrens der anfänglich ernannte Verwalter sterben, so hat das Gericht einen neuen aufzustellen; es tritt auch in diesem Falle nicht etwa eine sofortige Wahl Seitens der Gläubiger ein, sondern es bleibt bei der Regel des §. 70 Abs. 1, wobei dann natürlich auch das Recht der Gläubiger nach §. 72 in der ersten auf die Ernennung folgenden Versammlung einen anderen Verwalter vorzuschlagen besteht. Dasselbe muß gelten, wenn der ursprünglich ernannte Verwalter geisteskrank[22]) oder aus anderen Gründen [z. B. Verurtheilung zur Zuchthausstrafe oder Aberkennung der Ehrenrechte[23])] zur Führung der Kuratel unfähig wird. In diesen Fällen bedarf es nicht erst einer Entlassung auf Antrag der Gläubiger[24]), und ist in dringenden Fällen der Richter berechtigt, vorläufige Maßregeln zu treffen[25]). Diese werden vor Allem in der schleunigen Herbeiführung eines Antrages der Gläubigerversamm-

---

21) So war es nach dem Cod. jud. in Bayern Rechtens.

22) Bei der zweiten Lesung (K. Prt. S. 161) wurde diese Frage angeregt und von dem Regierungsvertreter bemerkt: „daß das Gericht, wenn der Verwalter geisteskrank werden oder sterben solle, einen anderen ernennen könne und müsse, verstehe sich von selbst und brauche nicht im Gesetze ausgedrückt zu werden".

23) Denn die Verwaltung im Konkurse ist eine Art „öffentliches Amt" und fällt hiernach unter die §. 31 Abs. 2 und §. 34 Ziff. 6 des RStGB., wenn darin derselben auch nicht ausdrückliche Erwähnung geschieht.

24) Doch wird, wenn der Verwalter in Untersuchung kommt, der Entlassungsantrag ohnehin schon vor der Verurtheilung erfolgen.

25) Ausdrücklich konstatirt bei der oben citirten zweiten Lesung.

lung oder des Gläubigerausschusses bestehen, ferner in der Untersagung einzelner Rechtshandlungen und in Sicherungsmaßregeln für die Masse. Eine förmliche „Suspension" des Verwalters wird aber, da das Gesetz eine solche nirgends erwähnt, nicht wohl eintreten können.

Für den Fall momentaner Verhinderung ist im Gesetze keine besondere Verfügung getroffen[26]); der Verwalter hat in einem solchen selbst für einen Stellvertreter zu sorgen. Ist er hiezu nicht mehr im Stande (z. B. er verfällt plötzlich in eine schwere Krankheit), so muß eben seine Entlassung eintreten[27]).

II. Der Gesetzestext enthält keine Bestimmung darüber, ob der vom Gerichte zum Konkursverwalter Ernannte diese Ernennung ablehnen kann, und ob derselbe im Bejahungsfall erhebliche Entschuldigungsgründe nachzuweisen hat.

Nach den Motiven scheint es allerdings, daß der Ernannte nur dann solle ablehnen können, wenn er erhebliche Gründe anzuführen und nachzuweisen vermöge, und es sprechen hiefür verschiedene Erwägungen, insbesondere daß die Konkursverwalterstelle eine Art öffentlichen Amtes ist, und die Annahme eines solchen in der Regel Niemand verweigern kann, wie ja auch die Uebertragung einer Vormundschaft oder eines Gemeindeamtes oder einer Steuerausschuß-Mitgliedschaft und dergl. eine Pflicht zur Uebernahme oder Entschuldigung in gesetzlicher Weise nach sich zieht. Ferner scheint für Bejahung der Frage anzuführen, daß, wenn zur Annahme einer Konkursverwalterstelle kein Zwang stattfindet, der Fall denkbar wäre, daß ein Konkursverwalter gar nicht aufgestellt werden kann, namentlich wenn das betreffende Amtsgericht seinen Sitz in einer kleinen Stadt oder in einem größtentheils ländlichen Bezirke hat[28]).

---

26) Im I. E. war dem Worte „Verwalter" überall beigefügt: „und geeigneten Falls ein Stellvertreter".

27) Der §. 76 Abs. 2 der KO. scheint hier Schwierigkeit zu bieten, denn nach diesem sollte der Verwalter nicht entlassen werden, ehe er gehört ist; wenn er aber krank ist und etwa besinnungslos, kann man ihn nicht hören. Reg.-Rath Hagens bemerkte (K. Prt. S. 161) auf dieses Bedenken: „jener Abs. 2 besage nur, daß der Betreffende gehört werden solle, wenn er gehört werden könne".

28) Früher war in Bayern der Zwang Rechtens: Cod. jud. Cap. XIX §. 18: 7) „Niemand darf sich ohne erhebliche Ursache weigern, die ihm angetragene Kuratel zu übernehmen, viel weniger die einmal übernommene abzugeben." Indessen sagt schon Kreittmayr in den Anmerkungen: „Heut zu Tage bedarf es dergleichen Zwang nicht mehr, weil der Kurator Nichts umsonst thun darf, mithin sich allezeit Leute genug finden, welche zu brauchen sind."

Ich glaube aber gleichwohl[29]), daß ein Zwang nicht stattfindet, und zwar deshalb nicht, weil eine derartige Verpflichtung des dritten Unbetheiligten und der darin für ihn liegenden Beschränkung seiner persönlichen Freiheit eine ausdrückliche deutliche gesetzliche Vorschrift voraussetzt, die KO. aber, wie erwähnt, eine solche nirgends enthält[30]) und weil die Konkursverwaltung, wenn sie auch in mancher Hinsicht die Natur eines öffentlichen Amtes an sich trägt, doch als ein solches nicht formell erklärt ist. Auch die nach §. 65 der KO. im Konkursverfahren subsidiär zur Anwendung kommende Civilprozeßordnung enthält nirgends eine Zwangsvorschrift der bezeichneten Art, und es kann auch eine analoge Anwendung der in den Landesgesetzen enthaltenen Vorschriften über Zwang zur Annahme von Vormundschaften, Gemeindeämtern, Steuerausschuß-Mitgliedschaften u. s. w. auf die Konkursverwalterstellen nicht ohne Weiteres Platz greifen, weil es hier an genügenden Gründen zur analogen Ausdehnung fehlt. Abgesehen hievon wäre ein Zwang zur Annahme einer Konkursverwalterstelle praktisch gar nicht ausführbar, indem ein Zwang nur durch Androhung von Geld- oder Arreststrafe möglich sein würde, solche aber, abgesehen davon, ob sie im Hinblick auf §. 2 des Reichsstrafgesetzbuches zulässig erscheint, indem dieselbe in keinem Gesetze vorgeschrieben ist, die faktische Verwaltung niemals realisiren könnte.

Bei diesen Umständen wird es, wie ich glaube, auch den Landesgesetzgebungen nicht zustehen, entweder in den bezüglichen Einführungsgesetzen zur Civilprozeßordnung und bezw. zur Konkursordnung oder allenfalls in besonderen Gesetzen entsprechende Bestimmungen über den Zwang zur Annahme von Konkursverwalterstellen zu treffen[31]).

Ich halte dies auch praktisch nicht für nöthig; bisher schon hat die Erfahrung gelehrt, daß stets Konkursverwalter zu bekommen sind; der Gläubiger oder einer der Gläubiger, welche den Konkurs beantragen, lassen sich sicher stets auch zur Uebernahme der Verwaltung bereit finden, und wenn der Gemeinschuldner es ist, der das Verfahren veranlaßt, ist gewiß wenigstens sein Anwalt zur Annahme der Stelle zu bestimmen, wenn es nöthig sein wird.

---

29) In Uebereinstimmung mit dem bisherigen Gemeinen Rechte; ein desfallsiges Präjudiz bei v. Cannegiesser, decis. Hasso-Cassel. Tom. II dec. 252. Das fr. 2 §. 3 D. (42, 7) sagt: magna necessitate et arbitrio Imperatoris hoc procedere potest.

30) Auch die Preußische Instruktion von 1855 sagt: Ein Zwang zur Uebernahme des Amtes als Verwalter der Masse findet nicht statt.

31) A. A. v. Wilmowski S. 317 u.

Wenn zur Annahme der Stelle, wie erörtert, kein Zwang stattfinden kann, so muß der Verwalter auch jederzeit berechtigt sein, die übernommene Stelle wieder niederzulegen [32]). Natürlich darf er es nicht zur Unzeit thun und haftet für allen durch solche Zuwiderhandlung gegen §. 74 der KO. entstehenden Schaden.

c. (Sicherheit).

I. Das Gesetz hat für den Zeitpunkt, in welchem die Sicherheit zu leisten ist, keine Vorschrift gegeben. Das Gericht kann also ebensowohl die Ernennung des Verwalters von einer Kautionsleistung abhängig machen, als ihm nachträglich die Bestellung einer Sicherheit auferlegen und ihm die Fortführung der Verwaltung, bis dieselbe bestellt ist, untersagen. Ein Antrag des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung ist hiezu nicht erforderlich; es kann aber der Richter auch gegen den Willen der Gläubiger die Kaution fordern [33]).

II. Der Verwalter, welchem eine Sicherheit auferlegt wird, kann hiegegen die sofortige Beschwerde ergreifen. Aber auch dem Gläubiger, dessen Antrag auf Auferlegung eine Kaution Seitens des Gerichtes abgewiesen wird, dürfte das Recht zur Beschwerde nicht versagt werden können [34]).

III. Was die Art und Weise der Sicherheitsleistung anbelangt, so müssen (nach §. 65 der KO.) die Grundsätze der §§. 101 ff. der Civ.-Pr.-O. für maßgebend erachtet werden; es muß also in der Regel die Sicherheit durch Hinterlegung von baarem Gelde oder von solchen Werthpapieren geschehen, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren. Indessen wird nicht ausgeschlossen sein, daß namentlich, wenn etwa die Gläubigerversammlung oder der Gläubigerausschuß erklärt, sich mit einer Sicherheit durch Hypothekerrichtung, Faustpfandbestellung oder Bürgschaft zu begnügen, der Richter diese Ausnahme bewilligt. Denn majus continet minus und wenn das Gericht nach §. 70 der KO. die

---

32) Ebenso Petersen S. 306; A. A. v. Wilmowski S. 317, welcher sagt: Hat der Ernannte die Ernennung angenommen, so hat er sich dadurch zur Ausführung der Funktionen des Verwalters für diesen Konkurs verpflichtet, auch wenn er an sich gesetzlich dazu nicht verpflichtet gewesen wäre.

33) Freilich wird er dies nicht thun, wenn sämmtliche Gläubiger darauf verzichten; wohl aber kann er sich dazu veranlaßt finden, wenn die Mehrheit auf Kautionsstellung nicht besteht, wenn er aber zum Schutze der Minderheit eine solche für angezeigt erachtet.

34) Ebenso Hullmann S. 227; A. M. Fitting S. 252 Note 25.

Sicherheit gänzlich erlassen kann, so kann es auch jedenfalls über ihre Beschaffenheit frei bestimmen[35]).

Aus praktischen Gründen freilich wird sich empfehlen, womöglich bei der Regel zu bleiben. Denn die Sicherheitsleistung durch Hypotheken, Bürgen und Pfänder wird in den meisten Fällen mit einer Menge von Umständen und Verzögerungen verknüpft sein. Es müssen die Werthe der bezüglichen Hypothekobjekte und die Summen der darauf bereits eingetragenen oder vorgemerkten Hypotheken, Dispositionsbeschränkungen und anderweitigen Lasten, sowie die Eigenthumsverhältnisse des Besitzers, z. B. ob er Alleineigenthümer oder nur Miteigenthümer ist, genau geprüft werden; die Faustpfandobjekte müßten, um sicher zu gehen, mit Zuziehung von Sachverständigen abgeschätzt, über die Zahlungsfähigkeit des oder der Bürgen Ermittelungen gepflogen werden u. s. w. Mit solchen Weitläufigkeiten aber, welche nach Umständen sehr groß sein können, soll sich das Konkursgericht bei der nach der Natur der Sache nothwendigen möglichsten Vereinfachung und Beschleunigung des Konkursverfahrens nicht befassen. Und selbst wenn die Gläubigerversammlung oder der Gläubigerausschuß sich mit der vom Konkursverwalter angebotenen Sicherheit durch Hypothek, Faustpfand- oder Bürgschaftsbestellung zufrieden erklärt und auf Ermittelungen über die Güte der Sicherheit verzichtet, kann man im Voraus nicht wissen, ob nicht dennoch hinterher, bezw. nach der ersten Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß-Wahl noch weitere Gläubiger sich anmelden, welche mit dieser Art der Sicherheitsleistung nicht zufrieden sind, sondern Baargeld oder Werthpapiere verlangen; alsdann würden wiederum Weitläufigkeiten und Verzögerungen entstehen, welche sich mit dem Zwecke des Konkursverfahrens nicht vertragen.

d. (auferlegen).

I. Eine anderweitige Befugniß als die, eine Kautionsleistung zu fordern, ist vom Gesetze dem Konkursrichter gegenüber dem Verwalter nicht eingeräumt. Der Richter ist demnach weder verpflichtet noch berechtigt, den Verwalter zu beeidigen [wie es gemeinrechtlich[36]) vorgeschrieben war[37])], oder ihm das Handgelübde abzunehmen (wie solches die Pr. KO.

---

35) Der §. 101 der Civ.-Pr.-O. spricht nur von Vereinbarung der Parteien, die im Konkurse nicht vorkommen, und von ausdrücklicher gesetzlicher Gestattung der Bestimmung nach freiem Ermessen des Gerichtes, welche allerdings in §. 70 der KO. nicht verbaliter enthalten ist.

36) Wie v. Bayer a. a. O. S. 117 ausführt, beruht dies übrigens auf dem Mißverständnisse einer Pandektenstelle.

37) Auch im Cod. judiciarius: „nach abgelegter Pflicht“.

in §. 103 anordnete und wie es die B. Pr.=O. in Art. 1233 gleichfalls verfügt hatte).

II. Wenn das Gericht den Verwalter eine Sicherung auflegen kann oder auch nicht auflegen kann nach freiem Ermessen, so muß es die auferlegte Sicherung auch ganz oder theilweise wieder aufheben können, wenn die Gründe für eine solche nicht mehr bestehen[38]). Auch eine Surrogirung der einen Kaution durch eine andere ist zulässig. Gegen solche Verfügungen steht natürlich den Gläubigern Beschwerde zu.

---

§. 71.

Ernennung mehrerer Verwalter.

Wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfaßt, so können mehrere Konkursverwalter[a]) ernannt werden. Jeder von ihnen ist in seiner Geschäftsführung selbständig[b]).

I. E. §. 77; II. E. §. 71; Pr. H. E. Art. 787; Pr. KO. §. 135, 136; B. P. O. —

a. (mehrere Konkursverwalter).

I. Es ist zu unterscheiden der Fall, daß ein Konkursverwalter für die gesammte Masse aufgestellt wird und sich Gehülfen für die einzelnen Geschäftszweige nimmt, welche ihm verantwortlich sind, denen er Vollmacht ertheilt und welche daher ihn vertreten, und jener Fall, daß die Verwaltung als solche nach ihren Geschäftszweigen getheilt wird. Die erstere Einrichtung dürfte in der Regel dem Bedürfnisse genügen, und es wird (nach dem Sprüchworte „zu viele Köche versalzen die Suppe") die Aufstellung mehrerer selbständiger Konkursverwalter nur in ganz be=

---

38) Ebenso Hullmann S. 227, Petersen S. 307, v. Sarwey S. 551, Stieglitz S. 431, v. Wilmowski S. 318. Anderer Ansicht Fitting §. 29 Note 25, welcher allerdings darin Recht hat, daß durch die Leistung der Sicherheit privatrechtliche Ansprüche für Gemeinschuldner, Konkursgläubiger (und nach meiner Ansicht auch Dritte) entstehen, denen durch spätere Aufhebung der Sicherheit nicht mehr präjudizirt werden kann. Die Freigebung der Sicherheit kann also nur, vorbehaltlich der bereits darauf eingetretenen Haftungen erfolgen Wegen der Schwierigkeit hierüber durante concursu in's Klare zu kommen, wird der vorsichtige Richter eine bestellte Sicherheit nicht so leicht wieder aufheben.

sonderen unvermeidlichen Fällen zu geschehen haben [1]). Denn es entstehen hiedurch leicht Schwierigkeiten, Verzögerungen und Kosten, besonders in den Fällen, in welchen es zweifelhaft ist, ob ein für die Konkursmasse vorzunehmendes Geschäft in den Bereich des einen oder des anderen Konkursverwalters gehört. Dieser Zweifel könnte namentlich dann leicht sich ergeben, wenn zur Konkursmasse ein oder mehrere neben einander liegende Landgüter oder Fabriken u. dgl. gehören, oder wenn ein Kaufmann oder eine Handels- oder Fabrikgesellschaft mehrere nahe bei einander liegende Niederlassungen hat und für jede oder jedes dieser Objekte ein anderer Konkursverwalter aufgestellt würde, und wenn es sich nun um Geschäfte handelt, welche eine gewisse Gemeinsamkeit in sich tragen und direkt weder zu dem einen, noch zu dem anderen derjenigen verschiedenen Geschäftszweige gehören, für welche je ein besonderer Verwalter aufgestellt ist.

Daß in Fällen dieser Art die unter den mehreren Konkursverwaltern entstehenden Differenzen über die Frage, welcher von ihnen zuständig ist, von dem Konkursgerichte zu entscheiden sind, unterliegt keinem Zweifel, schon deshalb, weil in der dem Konkursgerichte nach §. 70 Abs. 1 und §. 71 der KO. überhaupt zustehenden Befugniß zur Ernennung eines oder mehrerer Konkursverwalter auch diejenige liegt, einen Zuständigkeitsstreit zwischen den letzteren zu entscheiden. Anders gestaltet sich aber die Frage, wenn das betreffende Geschäft von einem der Konkursverwalter eingegangen oder bereits vollzogen wurde und hinterher von dem oder den anderen Kontrahenten oder von den Gläubigern oder von dritten Personen aus dem Grund angefochten werden will, weil dasselbe nicht zu dem Geschäftszweige desjenigen Konkursverwalters gehört habe, welcher es vorgenommen hat. Ich glaube, daß in solchem Falle nicht das Konkursgericht als solches, sondern dasjenige Civilgericht, vor welches überhaupt das betreffende Geschäft im Streitfalle gehört, auch zur Entscheidung darüber zuständig ist, welcher von den mehreren Konkursverwaltern zur Eingehung und Abschließung des fraglichen Geschäftes berechtigt war. Denn es handelt sich ja dann um die Gültigkeit und Aufrechthaltung des Geschäftes selbst.

II. Das Gesetz hat die anderweitig [2]) bezeichneten Voraussetzungen

---

1) Ich freue mich, daß diese Ansicht die ausdrückliche Billigung Fittings §. 29 Note 38 und Stieglitz's Nr. 31 gefunden hat.

2) Z. B. in der Pr. KO. §. 136 „im Falle eines außerordentlichen Umfanges der Verwaltungsgeschäfte"; im I. E. §. 77: „wenn umfangreiche oder eine besondere Fachkunde erfordernde Verwaltungen geführt werden müssen". Ebensowenig kann ein zweiter Verwalter aufgestellt werden in dem in

für Aufstellung mehrerer Verwalter fallen gelassen und sich auf den allgemeinen Ausdruck „verschiedene Geschäftszweige" beschränkt. Es müssen also bestimmt getrennte Objekte sein, wenn deren Verwaltung an verschiedene Personen übertragen werden soll, und es kann natürlich nur von der Geschäftsführung des Verwalters, nicht aber von dessen Stellung im Konkurse ein Zweig abgetrennt werden. Das heißt: es kann z. B., wenn sich in der Masse ökonomische Immobilien, eine Fabrik, ein Waarengeschäft u. s. w. befinden, zur Führung des Gutsbetriebes, der Fabrik, der Handlung je ein eigener Verwalter aufgestellt werden[3]). Dieser kann dann zwar nach §. 107 diesen Massetheil in Besitz und Verwaltung nehmen und nach §. 113 u. 114 über denselben ein Inventar und eine Bilanz errichten, ferner nach §. 116 die Zwangsversteigerung vornehmen, sowie überhaupt Alles, was sich auf diesen Geschäftszweig als solchen bezieht, thun und leisten; aber wie sollten die in §. 111, 117, 118, 119, 121 Abs. 2, 132[4]), 139, 163 u. s. w. aufgeführten, die Stellung des Verwalters zum Gemeinschuldner und den Gläubigern überhaupt betreffenden Maßnahmen von verschiedenen Verwaltern selbständig vorgenommen werden? Es wird demnach immer ein so zu sagen prinzipaler Konkursverwalter aufzustellen sein, welcher die Masse als solche verwaltet und sie im Interesse des Gemeinschuldners und der Gläubiger vertritt; die für spezielle Geschäftszweige ernannten Verwalter aber erscheinen mehr

---

§. 135 der Pr. KO. (Pr. H. E. Art. 786) erwähnten Falle: „In Fällen, wo der Verwalter ein persönliches Interesse als Gläubiger oder aus einem anderen Grunde gegen die Gläubigerschaft und die Masse verfolgt, hat das Gericht einen Spezialvertreter zu bestimmen." Wenn der Richter findet, daß solche Umstände die ernannte Person zum Verwalter untauglich machen, dann darf er ihn nicht ernennen, und wenn er es später entdeckt, muß er ihn entlassen. Dies wird wohl immer eintreten, wenn die Interessen des Verwalters und diejenigen des Verfahrens überhaupt kollidiren. Soferne es sich aber nur etwa um die Prüfung der Forderung des Verwalters (wenn derselbe aus der Reihe der Konkursgläubiger gewählt wurde) handelt, genügt es, einen Vertreter ad hoc zu bestellen. Dieser ist aber nicht „Verwalter", wie v. Sarwey S. 552 und Wengler S. 437 anzunehmen scheinen.

3) Dagegen kann nicht je ein selbständiger Verwalter z. B. für Herstellung der Schuldmasse und ein anderer zur Besorgung der Theilungsmasse ernannt werden.

4) Soweit sich nicht etwa die Prozesse und bezw. die angemeldeten Forderungen nur auf das spezielle verwaltete Objekt beziehen.

als „Geschäftsführer", mehr als Administratoren, denn als Kuratoren[5]).

b. (selbständig).

Das Gesetz schließt eine collegiale Verwaltung mehrerer Verwalter unter gemeinsamer Haftbarkeit[6]) absolut aus; nur eine räumliche und sachliche Theilung der Verwaltung unter mehrere Personen ist zulässig, so daß jede derselben vollkommen selbständig ist und selbständig handelt.

Nämlich von einander selbständig: nicht aber in dem Sinne, daß von mehreren Konkursverwaltern jeder in dem ihm zugewiesenen Geschäftszweig auch in denjenigen Fällen, in welchen nach §. 121 und 122 der KO. die Mitwirkung des Gläubigerausschusses und bezw. der Gläubigerversammlung geboten ist, die Genehmigung des Gläubigerausschusses und bezw. der Gläubigerversammlung nicht einzuholen hätte, denn abgesehen davon, daß obige §§. 121 u. 122, welche die Genehmigungseinholung vorschreiben, keine Ausnahme für den Fall aussprechen, wenn mehrere Konkursverwalter bestellt sind, spricht dafür, daß im letzteren Fall ebenfalls Genehmigung erforderlich ist, unzweifelhaft der Grund und Zweck des Gesetzes.

§. 72.

Wahlrecht der Gläubiger.

In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden[a]) Gläubigerversammlung können[b]) die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen[c]). Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten[d]) versagen[e]).

I. E. §. 78; II. E. §. 72; Pr. H. G. Art 876; Pr. KO. §. 213; B. P.-O. —

a. (auf die Ernennung eines Verwalters folgenden).

I. Es hat §. 72 nicht nur den Fall der erstmaligen Ernennung, sondern auch die Fälle im Auge, daß im Laufe des Verfahrens der Ver-

5) Die Pr. KO. hatte meines Erachtens in §. 136 diese Stellung deutlicher ausgedrückt, indem sie „dem Verwalter für bestimmte Zweige der Verwaltung besondere Verwalter beigeben" ließ. Dabei kann das Hauptprinzip, daß diese Nebenverwalter ganz selbständig sind und der eine für den anderen nicht verantwortlich ist, dennoch aufrecht bleiben.

6) Wie solche von der französischen Gesetzgebung zugelassen wird, vgl. Motive zum II. E. S. 306.

walter stirbt, seine Stelle niederlegt oder sonst abgeht. Auch in diesen letzteren Fällen ist es Sache des Gerichtes, sofort einen neuen Verwalter zu ernennen, und die Gläubiger haben in der nächstfolgenden Versammlung die Befugniß, statt des Ernannten eine andere Person zu wählen. Zu beachten ist hiebei, daß der Richter, da nach §. 90 der KO. der Gegenstand der Beschlußfassung vorher öffentlich bekannt gemacht werden muß, die Frage der Wahl auf die Tagesordnung zu setzen verpflichtet ist[1]). Sollte einzelnen Gläubigern die im Laufe des Verfahrens geschehene Neuernennung Anlaß zur Beanstandung geben und keine baldige Gläubigerversammlung in Aussicht stehen, so bietet der §. 85 der KO. das Mittel, hiegegen Abhülfe zu suchen.

II. Das Recht, statt des ernannten Konkursverwalters einen anderen zu wählen, steht den Gläubigern immer nur in der nächsten auf die Ernennung folgenden Versammlung zu. Ist in dieser eine Neuwahl nicht zu Stande gekommen, so können die Gläubiger nicht etwa in einer späteren dies nachholen. Werden sie erst im Laufe des Verfahrens mit dem ernannten Gläubiger unzufrieden, so können sie nach §. 76 nur dessen Entlassung fordern, und findet diese statt, so ernennt den neuen abermals das Gericht von Amtswegen[2]).

b. (können).

Nicht müssen; das heißt also, die Konkursgläubiger können einen anderen und auch den bereits ernannten Verwalter wählen. Aber wie ist es, wenn sie gar nicht wählen? Ich glaube, der Konkursrichter sollte dies nicht zulassen; aber es wird Nichts im Wege stehen, daß die Wahl des bereits ernannten durch „Akklamation“ geschieht[3]).

c. (wählen).

Die Wahl erfordert nach §. 86 Abs. 2 der KO. (nachdem die im zweiten Satze enthaltene Ausnahme nicht analog auszudehnen ist) die absolute

1) Bei dem ersten Male wird dies nicht nöthig sein, nachdem gleichsam das Gesetz die Frage ein für allemal auf die Tagesordnung der ersten Gläubigerversammlung gesetzt hat.

2) Natürlich wird ein koulanter Richter in diesem Falle vorher die Wünsche der Gläubiger einholen und thunlichst berücksichtigen.

3) Z. B. so, daß auf Befragen des Richters, ob der von ihm Ernannte genehm sei, Niemand Widerspruch erhebt. Wird freilich wirklich einmal das Wählen vergessen, so setzt allerdings der ernannte Verwalter (und zwar als stillschweigend gewählt) seine Thätigkeit fort. Vgl. v. Sarwey S. 552.

Stimmenmehrheit. Diese muß sich immer ergeben, wenn richtig abgestimmt wird [4]).

d. (die Ernennung des Gewählten).

I. In den Entwürfen hieß es: „die Bestätigung der Wahl". Es wird durch die geschehene Aenderung konstatirt, daß auch der (definitive) Verwalter nicht durch Wahl, sondern durch die richterliche Ernennung mit den Rechten der Administration bekleidet wird.

II. Der vom Richter bei der Konkurseröffnung ernannte Verwalter hat von vorneherein nur die Aufgabe, bis zur ersten Gläubigerversammlung zu fungiren. Wenn er bei dieser nicht ausdrücklich oder stillschweigend wieder gewählt wird, so endigt sich sein Amt von selbst; er hört durch die Ernennung des neuen Verwalters an und für sich auf, Verwalter zu sein. Es braucht nicht erst eine Entlassung desselben einzutreten; er muß also auch nicht vorher gehört werden und hat auch keine Beschwerde gegen die Beendigung seiner Funktion.

e. (versagen).

Diese Befugniß ist vom Richter mit aller Vorsicht anzuwenden [5]); „nur aus triftigen Gründen wird eine Neuwahl unbeachtet bleiben dürfen" (sagen mit Recht die Motive). Gründe für die Versagung der Wahl braucht der Richter zwar nicht anzugeben, „es liegt — bemerken die Motive — weder im Interesse des Gewählten noch im sachlichen Interesse, für alle Fälle eine Verpflichtung hiezu aufzustellen". Hieraus ergibt sich aber schon, daß in der Regel, wenn nicht delikate Verhältnisse in Mitte liegen, eine solche Versagung der Bestätigung mit vernünftigen Gründen zu belegen sein und nicht im Anscheine bloßer Laune zu geschehen haben wird.

---

4) v. Sarwey S. 552 sagt: „Wenn keine Wahl mit absoluter Stimmenmehrheit zu Stande kommt, würde der vom Gerichte ernannte Verwalter in Thätigkeit bleiben." Hiefür fehlt meines Erachtens die gesetzliche Vorschrift. Vielmehr wird (nach allgemeiner Regel) zwischen denjenigen, welche die relative Stimmenmehrheit erhalten haben, ballotirt werden müssen.

5) Bei den Berathungen (K. Prt. S 62) ward diese Befugniß namentlich dem einstimmigen Beschlusse der Gläubiger gegenüber sehr lebhaft bekämpft; indessen ohne Erfolg. Es ist daher auch gegen den Willen sämmtlicher Gläubiger der Richter befugt, an dem ursprünglich ernannten Konkursverwalter festzuhalten. Es wird dies wohl nur dann vorkommen, wenn z. B. der Gemeinschuldner begründete Bedenken gegen die Person des einstimmig Gewählten vorzubringen hat.

Jedenfalls steht den widersprechenden Gläubigern [6]) die Beschwerde gegen eine Ernennung des von ihnen nicht Gewählten [7]) und ebenso jedem Gläubiger, der für die Wahl gestimmt hat, die Beschwerde gegen die Versagung der Ernennung offen [8]) und „das Beschwerdegericht ist in der Lage, die Betheiligten mündlich und unmittelbar zu hören." (Motive).

Aber nicht nur den widersprechenden Gläubigern, auch dem Gemeinschuldner muß das Recht zustehen, seine Bedenken gegen die Person des ernannten Konkursverwalters vorzubringen und bei nicht erfolgender Berücksichtigung im Beschwerdeweg zu verfolgen [9]).

Zu bemerken ist noch (K. Prt. S. 62), daß nicht etwa eine nochmalige Wahl stattfindet, wenn das Gericht die Ernennung des Gewählten versagt. In diesem Falle bleibt eben der vom Richter ernannte Verwalter in Funktion; ist aber dann als „gewählter" zu behandeln und zu betrachten.

---

6) Auch denjenigen, welche bei der Wahl nicht zugegen waren. (Aeußerung des Reg.-Raths Hagens.)

7) Den von Fitting §. 29 Note 3 angegebenen Weg, daß der überstimmte Gläubiger einen Antrag auf Versagung der Bestätigung zu stellen und erst gegen die Verwerfung seines Antrags eine Beschwerde zu erheben habe, halte ich nicht für unumgänglich nöthig. Die Versagung wird ja stillschweigend von dem gegen den Kandidaten stimmenden Gläubiger immer verlangt.

8) Ob auch dem Nichtbestätigten, ist zweifelhaft; ich glaube indessen, daß derselbe — wenn er nicht Gläubiger ist — kein Beschwerderecht besitzt. Er ist zwar beim Beschlusse persönlich allerdings betheiligt, denn es kann ihm natürlich nicht einerlei sein, wenn das Gericht ihn gleichsam für einen Mann erklärt, dem eine Verwaltung nicht übertragen werden könne. Allein rechtlich ist er kein Interessent.

9) Dies anerkannte auch in der Berathung der Regierungsvertreter. K. Prt. S. 62.

§. 73.

Legitimation des Verwalters.

Der Name des Verwalters [a]) ist öffentlich bekannt zu machen [b]). Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung [c]) seiner Ernennung zu ertheilen [d]). Er hat dieselbe bei der Beendigung seines Amts [e]) dem Gerichte zurückzureichen [f]).

a. (Der Name des Verwalters).

Als Mittel zur Auslegung dieser Bestimmung wird Art. 16 des A. D. HGB. zu dienen haben, wonach der Familiennamen mit oder ohne Vornamen (je nachdem dieser zur näheren Kennzeichnung nöthig ist oder nicht) zu veröffentlichen sein wird. Als „Familiennamen“ [1]) ist derjenige Name anzusehen, welcher einer Person nach den bürgerlichen Gesetzen zusteht.

Eine Veröffentlichung des Standes des ernannten Verwalters ist nicht vorgeschrieben, indessen unschädlich und mitunter der Deutlichkeit halber zweckmäßig. Jedenfalls wird der Wohnort des Verwalters in der Veröffentlichung anzugeben sein.

Wenn nun aber bei der Veröffentlichung ein Irrthum unterläuft, z. B. es wird der Advokat Johann Meister als Verwalter ernannt, irrthümlich aber „Joseph Meister“ oder „Johann Muster“ ausgeschrieben? Sind dann die von Johann Meister als Konkursverwalter vorgenommenen Handlungen ungültig oder unwirksam? Ich glaube nicht [2]). Denn die Ernennung, nicht die Ausschreibung macht den Verwalter zum Berechtigten, über die Masse zu verfügen. (Vgl. lit. d.)

b. (bekannt zu machen).

Nachdem die Vorschrift des §. 73 unmittelbar auf die §§. 71 und 72 folgt, könnte die Meinung entstehen, daß die öffentliche Bekanntmachung blos zu geschehen habe bezüglich desjenigen Konkursverwalters, welcher nach §. 102 der KO. bei der Eröffnung des Konkursverfahrens durch das Gericht ernannt wird, und bezüglich desjenigen Verwalters, welcher

---

1) Vgl. meinen Kommentar zum HGB. Bd. I S. 147.

2) Wie aber, wenn zufällig in derselben Stadt auch ein Advokat „Joseph Meister“ oder „Johann Muster“ existirt? Auch dann wird der irrthümlich Ausgeschriebene, wenn er sich als Verwalter gerirt, die Masse nicht verpflichten. Aber diejenigen, welche im Vertrauen auf die Ausschreibung z. B. Sachen ablieferten, Zahlung leisteten u. dgl., halte ich für befreit. Die Masse muß sich an den falsus procurator und eventuell an denjenigen wegen Schadloshaltung wenden, welcher den Fehler begangen hat.

in der ersten Gläubigerversammlung an der Stelle des ursprünglichen gewählt und vom Gericht ernannt wird. Allein es kann nicht wohl einem Bedenken unterliegen, daß auch bezüglich desjenigen Verwalters, welcher etwa später vom Gericht ernannt wird, die Veröffentlichung gleichfalls stattzufinden hat.

Hieraus ergibt sich aber der wichtige Folgesatz, daß Rechtsgeschäfte, welche vor dieser weiteren Bekanntmachung mit dem unmittelbar vorausgegangenen öffentlich bekannt gemachten Verwalter abgeschlossen wurden, oder Zahlungen oder andere Leistungen, welche an denselben vor der weiteren Bekanntmachung geschehen sind (unter der Voraussetzung der bona fides des anderen Theils), zu Recht bestehen, weil der Grund und Zweck der öffentlichen Bekanntmachung bezüglich aller Konkursverwalter gleich ist und weil derjenige, welcher in gutem Glauben im Vertrauen auf eine richterliche Publikation gehandelt hat, nicht in Schaden kommen darf. Daß derjenige, welcher wissend, er sei nicht mehr Verwalter, dennoch als solcher handelt, zur Ersatzleistung verpflichtet ist, versteht sich von selbst[3]).

c. (eine urkundliche Bescheinigung).

Ueber die Form und den Inhalt dieser Beurkundung gibt das Gesetz keine näheren Direktiven. Dieselbe wird daher wie jeder andere richterliche Beschluß zu lauten haben und wie ein solcher auszufertigen sein. Die Ertheilung der Bescheinigung fällt mit der Zustellung des Ernennungsbeschlusses zusammen[4]), und wird durch einen Beisatz zu diesem ausgedrückt: Z. B. In dem Konkurse über das Vermögen des Kaufmannes Adam Apfel ist Herr Rechtsanwalt Spurlos als Konkursverwalter ernannt. Hierüber wird ihm diese Bescheinigung ertheilt:

München, den 1. April 1880.

Fleissig, k. Amtsrichter.

d. (zu ertheilen).

Die gesetzlichen Befugnisse des Konkursverwalters nehmen nicht mit der Ernennung, sondern erst mit der Zustellung der Ernennung, also mit der Ertheilung der Bescheinigung ihren Anfang[5]). Nach den Motiven

---

3) Vgl. übrigens die unten folgende Erläuterung d.

4) Es wäre offenbar überflüssig, wenn verlangt würde, daß neben dem Bescheide: „N. N. wird zum Verwalter ernannt," noch eine besondere Urkunde gefertigt werde: „Es wird hiemit bestätigt, daß N. N zum Verwalter ernannt worden ist."

5) Den Motiven zum II. E. (S. 305) muß ich hier einen kleinen Vorwurf machen. Sie sagen: „Mit der Zustellung seiner Ernennung sollen auch die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters ihren Anfang nehmen. Die

(zum I. E. S. 13) hat die Ertheilung der Bescheinigung den Zweck, dem Verwalter den Legitimationsnachweis zu erleichtern; „dieser Nachweis werde durch den Besitz der Bestellung dem Publikum gegenüber vollständig geführt." Soviel wird feststehen: 1) Hat der Verwalter die Bestellung in Händen oder vielmehr richtiger, ist ihm seine Ernennung zugestellt, so sind seine Handlungen gültig für die Masse, auch wenn die Ernennung bisher nicht öffentlich bekannt gemacht ist, und ebenso dann, wenn seine Entlassung zwar erfolgt, aber noch nicht veröffentlicht ist[6]. 2) Ist öffentlich bekannt gemacht, daß seine Ernennung widerrufen, daß er der Verwaltung entlassen sei, so kann er nicht mehr für die Masse handeln, auch wenn er die Bestellung noch in Händen hat[7]. Wie aber: 3) wenn er zwar den urkundlichen Nachweis bereits zurückgeben mußte, aber die öffentliche Bekanntmachung noch nicht erfolgt ist?[8]. Vor Allem scheint mir unzulässig, in Beantwortung dieser Frage auf die Bestimmungen der verschiedenen Civilrechte über Kuratorschaft zu verweisen; solche rein konkursrechtliche Entscheidungen dürfen fortan nicht mehr in jedem einzelnen Lande verschieden sein, sondern die Einheit des Konkursrechtes erfordert, daß sie für ganz Deutschland gleich ausfallen[9]. Ferner erachte ich es aber auch deshalb für unthunlich, auf die civilrechtlichen Lehren von der Erlöschung der Rechte bei den gewöhnlichen Kuratoren zurückzugreifen, weil bei diesen der Moment der öffentlichen Bekanntmachung nicht vorliegt. Ich möchte mich deshalb dafür aussprechen, daß die im

---

öffentliche Bekanntmachung seines Namens und die Ertheilung einer urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung sind daneben ... vorgeschrieben." Hienach müßte man glauben, die Zustellung der Ernennung und die Ertheilung der urkundlichen Bescheinigung seien zweierlei. Allein jener zweite Satz ist wohl nur aus Versehen wörtlich aus dem I. E. herübergekommen. In diesen paßte er, weil der erste Satz dem dort adoptirten Systeme entsprechend lautete: „Mit dem Augenblicke der Verpflichtung nehmen die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters ihren Anfang."

6) Vorbehaltlich des gegen den Dritten zu erbringenden Nachweises bösen Glaubens; vgl. unten Ziff. 3.

7) In diesem Falle wird indessen dem Dritten der Nachweis freistehen müssen, daß er die öffentliche Bekanntmachung nicht inne geworden und daher durch den Besitz der Urkunde in den Händen des früheren Verwalters zum Geschäftsabschlusse veranlaßt war.

8) Noch nicht erfolgt ist rechtlich nach §. 68 Satz 2 der KO. die öffentliche Bekanntmachung auch innerhalb der ersten zwei Tage nach Ausgabe des sie enthaltenden Blattes.

9) Auch bei §. 74 ist dieser Grundsatz ausgesprochen; vgl. unten S. 66.

A. D. HGB. Art. 25 u. 46 enthaltenen Prinzipien, welche die Konkursordnung in §. 7 Abs. 3 gleichfalls zu Grunde legt[10]), auch hier analog angewendet werden müssen.

Dies würde dazu führen, daß demjenigen, welcher nach Entlassung des Verwalters, aber vor öffentlicher Bekanntmachung mit demselben im Namen der Masse gehandelt hat, nachgewiesen werden müßte, daß er, ohngeachtet jene Ausschreibung nicht erfolgt war, das wahre Sachverhältniß gekannt habe, wie umgekehrt (vgl. oben Ziff. 1), wenn die öffentliche Bekanntmachung geschehen war, die Vermuthung gegen ihn spricht. Man könnte freilich einwenden, es solle Jeder, der mit einem Konkursverwalter kontrahirt, sich durch Vorzeigenlassen des Ernennungsdekretes vergewissern, ob er noch Verwalter sei, und es könne daher nicht auf die Bekanntmachung, sondern nur auf den Besitz der Urkunde ankommen, so daß in dem in Ziff. 3 supponirten Falle der Kontrahent selbst Schuld sei, wenn er den Verwalter, obwohl ihm die Urkunde abgenommen war, noch für berechtigt hielt. Allein eine solche Aufstellung würde offenbar dem Leben und seinen Bedürfnissen nicht entsprechen. Es wäre im Verkehre gar nicht möglich, bei jeder mit einem öffentlich aufgestellten Konkursverwalter vorzunehmenden Handlung noch die Vorlage dessen Legitimationsnachweises zu verlangen.

e. (bei der Beendigung seines Amtes).

Nämlich mag er freiwillig seine Stelle niederlegen oder vom Gerichte seines Amtes entsetzt werden. Bei der Beendigung seines Amtes durch den Tod bedarf es einer Rückgabe der Urkunde im Grunde nicht, doch wird, um jeden Mißbrauch zu verhüten, der Richter dieselbe von den Erben zurückgeben lassen[11]).

f. (dem Gerichte zurückzureichen).

Sollte der gewesene Verwalter dies unterlassen, so kann er nicht nur nach §. 76 der KO. mit Ordnungsstrafen dazu angehalten werden[12]), sondern das Gericht kann sicherlich die Urkunde auch nach §. 769 der Civ.-Pr.-O. ihm zwangsweise abnehmen lassen[13]).

---

10) Vgl. diesen Kommentar Abth. I S. 159; A. A. Fitting S. 249 Note 10; Stieglitz S. 434; v. Wilmowski S. 320.

11) Vgl. auch §. 76 lit. e.

12) „Verwalter" ist der Verpflichtete freilich nicht mehr und da §. 76 nur vom Verwalter spricht, könnte man hierin Anstand finden. Allein soweit die Pflicht aus der Stellung des Verwalters als solcher hervorgeht, sind auf dieselbe die konkursrechtlichen Vorschriften auch nach Beendigung des Verhältnisses anwendbar.

13) Vorausgesetzt, daß die Gläubiger die Herausgabe betreiben.

Eine beglaubigte Abschrift zurückzubehalten kann indessen dem Verwalter nicht wohl verwehrt werden, da es ihm immerhin von Interesse sein kann, einen Nachweis zu besitzen, daß er einmal Verwalter gewesen ist.

---

§. 74.

Vertretungspflicht.

Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

I. E §. 81; II. E. §. 74; Pr. H. G. Art. 783 Abs. 2; Pr. KO. §. 132; B. P. O. Art. 1234.

I. Nach Gemeinem Rechte ist es bestritten, welche Vertretungspflicht dem Massekurator obliegt; die Einen (z. B. v. Bayer S. 118) lassen ihn wie den Vormund dolus, culpa und diligentia quam suis prästiren; Andere (z. B. Schweppe S. 198) machen ihn nur für dolus und culpa lata haftbar, was auch ehedem Bayerisches Recht war[1]). Nach der Bayerischen Prozeßordnung von 1869 dagegen hatte der Konkursverwalter das Vermögen mit der Sorgfalt eines „redlichen und fleißigen Hausvaters" zu verwalten und die Preußische KO. legte ihm auf: „seine Amtsverrichtungen mit der Aufmerksamkeit und Sorgfalt auszuführen, wie sie gesetzlich einem Bevollmächtigten und Verwalter fremder Sachen obliegt." Die Motive (zum I. E. S. 14, wiederholt zum II. E. S. 306) sagen: „die (gemeinrechtlichen) Bestimmungen eignen sich, so lange es an einem gemeinsamen Obligationenrechte fehlt, nicht zur Aufnahme in ein Reichsgesetz, da sie in den verschiedenen Rechtsgebieten einen verschiedenen Inhalt haben würden. Es wäre aber unangemessen, den Grad der Verantwortlichkeit des Verwalters nicht für das ganze Reichsgebiet gleichmäßig festzusetzen." Nun sollte man erwarten, daß auf der Bahn fortschreitend, welche die Art. 282 u. 343[2]) des A. D. HGB. so glücklich betreten, eine analoge Bestimmung gegeben worden wäre; statt dessen erscheint der altrömische „diligens paterfamilias" wieder[3]) und die Motive sagen:

1) Kreittmayr, Annot. ad Cap. XIX §. 18 lit. h: „curator bonorum prästirt nur culpam latam und distinguirt sich darin von anderen curatoren."

2) Freilich nicht durch Wiederholung dieser Worte, welche, wie die Motive richtig in einer Note bemerken, nur für den Handelsverkehr passen würden.

3) Es ist psychologisch und social gar nicht mehr wahr, daß der „Hausvater" sorgfältiger ist, wie der „Junggeselle"; im Gegentheile gerade die alten Hagestolze sind am difficilsten und peinlichsten in ihren Angelegenheiten.

„der Konkursverwalter soll für culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne haften [4])."

Ich hoffe indessen, die Praxis wird sich durch diesen Satz der Motive nicht dahin bringen lassen, den ganzen Wust der gemeinrechtlichen Kontroversen über culpa und diligentia in das neue Konkursrecht herüberzunehmen. Das Gesetz ist vielmehr vor Allem aus sich selbst auszulegen.

Hienach ist unter der in §. 74 genannten „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" jene Sorgfalt zu verstehen, welche der „ordentliche Hausvater" anwendet, falls er als „Verwalter" aufgestellt ist. Der Konkursverwalter muß sich demnach so verhalten, wie man es von einem ordentlichen Verwalter zu erwarten pflegt. Thut er Etwas, was nach der allgemein im Verkehrsleben und in unseren socialen Verhältnissen geltenden Anschauung und Uebung bei einem „Verwalter" eine Pflichtwidrigkeit oder eine Nachlässigkeit ist, so haftet er, mag nun dies nach Römischem Rechte culpa levis oder culpa lata oder gar keine culpa sein [5]).

II. Die Verpflichtung des Konkursverwalters zur Beobachtung der ihm obliegenden Sorgfalt und seine Verantwortlichkeit kann nicht mit der Einwendung abgelehnt werden, daß der Verwalter nicht geschäftskundig oder nicht des vom Gemeinschuldner bisher betriebenen Geschäftes kundig sei. Wer sich nicht zutrauen darf, die Verwaltung der Masse oder der konkreten Masse führen zu können, muß eben die Uebernahme der Stelle ablehnen.

---

4) Woraus geht dies im Gesetze hervor? Weshalb soll der Richter im Gebiete des Preußischen Landrechtes den Ausdruck: „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" nicht nach Th. I Titel 3 §. 18 ff. und Titel 5 §. 277 ff., der in Bayern urtheilende nicht nach Bayerischem Landrechte auslegen? Und was geschieht im Gebiete des französischen Rechtes, in welchem man von der culpa levis des Röm. Rechts längst Nichts mehr weiß?

5) Ein Eingehen in das Detail würde hier zu weit führen; ein Beispiel genüge: gesetzt, in der Konkursmasse ist ein großes Hotel, der Konkursverwalter betreibt nun dieses Hotel so, wie sich ein recht „ordentlicher und sorgfältiger Hausvater", der aber zufällig „Bierwirth" ist, benimmt. Obwohl er nun die diligentia diligentis patris familias in Abstrakto nicht verletzt hat, haftet er doch, denn er muß sich so verhalten, wie man es von einem Manne zu verlangen gewohnt ist, dem die Geschäftsführung eines großen Hotels übertragen ist. Es handelt sich eben immer darum, daß ein Benehmen eingehalten wird, welches ein ordentlicher Mann in dieser Stellung befolgt.

Die Haftung des Verwalters besteht weder allein dem Gemeinschuldner, noch allein den Konkursgläubigern gegenüber. Er ist der Güterpfleger der Masse, also haftet er für die der Masse zuzuwendende Sorgfalt; er ist demjenigen verantwortlich, welcher durch Nichtanwendung dieser Sorgfalt geschädigt wird, sei er wer immer. Wenn der Verwalter A bei der Siegelung der Masse ein Loos miteinsiegelt, welches auf den Namen des B lautet, und er vernachlässigt die Geltendmachung desselben etwa so, daß ein auf das Loos gefallener Gewinn verloren geht, so kann der Aussonderungsberechtigte B sich weder an die Masse als Gläubiger halten[6]), noch braucht er sich auf das allgemeine bürgerliche Recht gegen den A zu stützen[7]). Er fordert vielmehr von demselben auf Grund des §. 74 der KO. seinen Ersatz.

---

§. 75.

Aufsicht des Gerichtes.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts [a]).

I. E. §.; II. E. §. 75; Pr. H. E. Art. 783 Abs. 1; Pr. KO. §. 132; B. P. O.—

§. 76.

Ordnungsstrafen. Entlassung.

Das Gericht kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen [b]) bis zu zweihundert Mark festsetzen [c]). Es kann denselben vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung [d]) von Amtswegen, später nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses seines Amtes entlassen [e]).

Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören [f]).

I. E. §. 82; II. E. §. 76; Pr. H. E. Art. 784; Pr. KO. §. 133; B. P. O. —

a. steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts).

I. Dieser Paragraph fehlte im I. E., welcher lediglich die in §. 76 enthaltene Befugniß zur Verhängung von Ordnungsstrafen festsetzte und dies (S. 14) folgendermaßen motivirte: „Da der Verwalter vom Gerichte

---

6) Wie v. Wilmowski S. 320 annimmt. Es liegt hier kein Fall vor, der sich unter §. 51 Nr. 2 oder §. 52 der KO. subsumiren ließe; denn nicht die „Rechtshandlung“ des Verwalters, sondern ein rein persönliches Verschulden desselben ist hiebei in Frage.

7) Wie v. Sarwey S. 554 meint.

ernannt wird, so ist es folgerichtig, ihn auch der Disciplin desselben zu unterwerfen[1]) (§. 82, jetziger §. 76 Satz 1). Die Uebertragung derselben auf den Gläubigerausschuß würde weder dem wesentlich koordinirten Verhältnisse zwischen diesem und dem Verwalter, noch der offiziellen Stellung des Letzteren entsprechen. Keineswegs ist indessen beabsichtigt, das Gericht durch Beilegung von Disciplinarbefugniß indirekt zu einer oberen Instanz in Verwaltungssachen zu machen. Der bezeichnende Unterschied liegt darin, daß dasselbe niemals die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit[2]) der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters zu prüfen hat. Direkte Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten u. s. w. können vom Gerichte ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung sehr wohl geahndet werden." Diese Motive sind nun mit dem Zusatze: „der Aufsicht und der Disciplin" wörtlich zum II. E. wiederholt und man möchte daher versucht sein, das Gesetz in diesem Sinne auszulegen. Nach meiner Ansicht aber passen die Motive, nachdem der §. 75 der Konkursordnung eingefügt wurde, nicht mehr; die in ihnen adoptirte Auslegung wäre einerseits zu weit und anderseits zu eng.

1) Sie wäre zu weit; denn nachdem im §. 75 von einer Disciplin nicht gesprochen wird, muß meines Erachtens angenommen werden, daß dem Konkursrichter auch eine solche nicht über den Verwalter zusteht. Daraus folgt, daß der Richter z. B. nicht etwa dem Verwalter Bureaustunden vorschreiben kann, daß er ihm nicht etwa wegen seines Verhaltens im Allgemeinen, z. B. wegen Trunkenheit, ungeeigneten würdelosen Betragens u. dgl. Ordnungsstrafen zudiktiren kann u. s. w. Die Disciplinargewalt ergreift die Person; die Person des Verwalters aber steht in keiner Weise unter der Herrschaft des Konkursgerichtes, nur dessen Thätigkeit. Es kann daher allerdings möglicherweise das persönliche Verhalten des Verwalters im Allgemeinen zu seiner Entlassung Anlaß geben, aber niemals aus disciplinären Gründen[3]), sondern nur weil dadurch zugleich seine Verwaltungsthätigkeit beeinträchtigt wird.

---

1) Diese Stelle lautet in den Motiven zum II. E. (S. 306), wie unten erwähnt werden wird: „ihn der Aufsicht und Disciplin desselben zu unterwerfen."

2) Hier müßte es der Kongruenz halber wohl heißen: „Pflichtmäßigkeit."

3) Wie dies bei einem der Disciplin unterworfenen Beamten allerdings der Fall sein kann. Der Konkursrichter, welcher betrunken auf der Straße gefunden wird, mag vielleicht der schärfste Jurist und eminenteste Arbeiter sein, aber die Disciplin gestattet nicht, ihn im Richteramte zu belassen.

2) Die Auslegung wäre aber anderseits zu eng. Denn nachdem der §. 75 den Verwalter ganz allgemein der Aufsicht des Konkursgerichtes unterwirft, so läßt sich der Satz nicht mehr halten, daß der Richter die Zweckmäßigkeit der Verwaltung überhaupt nicht zu prüfen habe. Im Gegentheile, das Konkursgericht hat auch hierüber zu wachen und kann meines Erachtens Ordnungsstrafen verhängen, nicht blos um Pflichtwidrigkeiten, sondern auch um schädliche und unzweckmäßige Handlungen des Verwalters zu beseitigen[4]). Ebenso bringt es der Begriff der „Aufsicht" mit sich, daß der Richter nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, von Zeit zu Zeit sich über die Thätigkeit des Verwalters von Amtswegen zu unterrichten, Aufklärungen über den Fortgang der Liquidation zu fordern und die geeigneten Direktiven zu geben[5]). Insoweit also ist er allerdings eine obere Instanz auch über die Verwaltung selbst.

II. Welchen Inhalt die Aufsicht des Richters im Einzelnen hat, läßt sich natürlich nicht in Abstrakto festsetzen; es hängt dies von den besonderen Umständen und den thatsächlichen Verhältnissen ab[6]). Peinliche Ueberwachung des Verwalters und ängstliches Auf-die-Fingersehen ist sicherlich nicht in der Intention des Gesetzes gelegen. Gute Anhaltspunkte gewährt die schon mehrerwähnte Preußische Instruktion von 1855 in ihrem §. 45, obwohl dieselbe in ihren formellen Bestimmungen auf das neue Verfahren nicht mehr paßt.

Eine bestimmte Gränze hat die Aufsicht des Konkursgerichtes darin, daß sie auf Verhinderung von Pflichtwidrigkeiten und schädlichen Handlungen beschränkt ist. Sie kann daher solche untersagen und die Er-

---

Der Konkursverwalter kann alle Tage betrunken heimkommen; wenn er seine Verwaltung richtig führt, geht dies den Richter Nichts an.

4) Freilich wird er eine solche Einmischung schon aus faktischen Gründen gewöhnlich nur in Folge Antrages von Konkursgläubigern vornehmen.

5) Es dürfte daher einigermaßen wohl auch jetzt noch Geltung haben, was Seuffert in seinem Kommentar Bd. IV S. 481 bemerkt: „wichtige zweifelhafte Verwaltungsfragen wird ein umsichtiger Massekurator nicht auf seine Verantwortlichkeit allein entscheiden, sondern sich mit dem Konkursrichter benehmen", obwohl natürlich der neue Konkursverwalter viel freier sich bewegt, wie der frühere Massekurator.

6) So sagen auch die Motive zum Pr. H. E. S. 441: „die Art der Ausübung der gerichtlichen Beaufsichtigung läßt sich im Allgemeinen nicht füglich bestimmt vorschreiben, sondern muß der vernünftigen Beurtheilung des Kommissars in den einzelnen Fällen überlassen bleiben."

füllung obliegender Verpflichtungen des Verwalters herbeizuführen suchen. Aber positive Verwaltungsmaßregeln anzuordnen, wird über den Kreis der „Aufsicht“ hinausgehen. Gesetzt, der Verwalter unterläßt es, ein zur Masse gehöriges Haus zu vermiethen, oder aber er läßt das vorhandene Waarenlager im Zwangswege versteigern, während der Konkursrichter der Ansicht ist, daß dasselbe viel besser aus freier Hand ausverkauft würde u. s. w., so kann er doch nicht die Vermiethung anordnen oder den Ausverkauf befehlen[7]).

b. (Ordnungsstrafen).

Die Pr. KO. erkannte ebensowenig wie die Bayer. Pr.-O. dem Richter die Befugniß zu, gegen den Verwalter anders als mit Entlassung vorzugehen. Der vorstehende Paragraph ändert dies. Indessen es sind nur Geldstrafen und zwar nur in der Höhe bis 200 Mark eingeführt. Höhere Geldbußen sind ausgeschlossen, die Motive sagen: „wenn Strafen in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine ersprießliche Geschäftsführung des Verwalters überhaupt nicht mehr zu rechnen, es muß dem Gläubiger überlassen bleiben, einen Entlassungsantrag zu stellen.“ Noch weniger sind andere Strafen, z. B. Verweise[8]) oder körperlicher Zwang durch Haft, zulässig. Doch bezieht sich dies natürlich nur auf den Kreis der eigentlichen Verwaltungshandlungen. Es ist bereits oben (S. 65) bemerkt, daß, wenn es sich nicht mehr um bloße Verwaltungshandlungen frägt, sondern um Fälle, auf welche sich die §§. 769 ff. der Civ.-Pr.-O. anwenden lassen, diese Einschränkung hinwegfällt. So wird die Ablegung der Schlußrechnung sicherlich nach §. 774 der Civ.-Pr.-O. zu erzwingen sein. Voraussetzung ist aber in diesen Fällen, daß das Vorgehen gegen den früheren Verwalter nicht von Amtswegen, sondern auf Betreiben des neuen Verwalters oder etwa eines Gläubigers oder des Gemeinschuldners erfolgt.

---

7) Ebenso v. Sarwey S. 554, v. Wilmowski S. 321. Wenn Schultze S. 68 bemerkt, „das Gericht habe durch Ordnungsstrafen und eventuell Entlassung des Verwalters hinreichende Mittel in Händen, den Verwalter zur Ausübung wirklich indizirter Anfechtungen zu zwingen“, so hat derselbe wohl nicht ein unmittelbares Anbefehlen von Amtswegen Seitens des Richters im Sinne, sondern die gegen die Anträge des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung vom Verwalter etwa geübte Renitenz. Und gegen diese kann der Richter gewiß Ordnungsstrafen verhängen.

8) Ebenso v. Sarwey S. 554. A. A. v. Wilmowski S. 321. Die Münchener Gerichte haben (eingegangener Erkundigung zufolge) bisher noch nie einen Verweis ertheilt.

Es ergibt sich nun die Frage: Sind überhaupt Ordnungsstrafen lediglich bis zum Gesammtbetrage von 200 Mark zulässig, oder ist nur eine den Betrag von 200 Mark übersteigende Strafe ausgeschlossen? Ich glaube, Ersteres [9]). Es wird also nicht angehen, daß z. B. der Richter dem Verwalter, welcher die nach §. 139 der KO. gebotene Veröffentlichung nicht vornimmt, hiewegen mit 100 Mark Strafe belegt und ihm den Auftrag ertheilt, nunmehr binnen 8 Tagen bei Meidung einer Strafe von 150 Mark die Bekanntmachung zu bewerkstelligen [10]). Denn in diesem Falle würde die wegen der ordnungswidrigen Unterlassung im Ganzen verhängte Strafe das gesetzliche Maximum übersteigen. Dagegen aber wird die Gränze von 200 Mark nicht für alle Strafen gegen den Verwalter zusammen zu gelten haben; nur dieselbe Ordnungswidrigkeit darf nicht mit mehr als der bezeichneten Strafe gebüßt werden. Von verschiedenen zu verschiedenen Zeiten vorgekommenen Unregelmäßigkeiten oder Pflichtwidrigkeiten kann jede Strafe bis zur Höhe von 200 Mark beahndet werden [11]).

Eine Umwandlung der gegen den Konkursverwalter erkannten Geldstrafen in Haft kann auch wegen Unzureichenheit der von ihm gestellten Kaution und sonstiger Unvermögenheit nicht vorgenommen werden [12]).

---

9) Ebenso v. Wilmowski S. 322. Anderer Ansicht Petersen S. 309, Meisner S. 255, v. Sarwey S. 555; allein es handelt sich allerdings in diesen Fällen um Erzwingung der dem Verwalter obliegenden Pflicht und nicht blos um eine „Strafe", sonst würde dieselbe so und nicht „Ordnungsstrafe" heißen.

10) Ich möchte jedoch nicht, daß man aus diesem Beispiele abstrahire, es soll gleich mit so exorbitanten Strafmaßen vorgegangen werden. Der Richter wird zu derartigen hohen Androhungen nur bei fortgesetzter Renitenz und zur Beseitigung sehr erheblicher und gefährdender Ordnungswidrigkeiten greifen.

11) Hiemit stimmen auch Petersen, Meisner a. a. O., Wilmowski sowie Wengler S. 443 überein.

12) Ebenso Petersen S. 310, v. Wilmowski S. 322, Stieglitz S. 435, A. A. Wengler S. 443, welcher die Umwandlung für zulässig erklärt. Im Civilprozesse ist nur gegen den widerspänstigen Zeugen §. 345 die Umwandlung der nicht beizutreibenden Geldstrafe in Haft vorgesehen. Auch ist nur §. 2, nicht §. 1 des Gesetzes über die Aufhebung der Schuldhaft in §. 13 des Einf.-Gesetzes beseitigt. Daß in den §§. 774 und 775 der Civ.-Pr.-O. die Befugniß zur Verhängung der Haft neben der Geldstrafe besonders ausgesprochen ist, beweist gleichfalls, daß das Gesetz eine „Umwandlung" der erkannten Geldstrafe nicht für zulässig erachtet. Was

c. (festsetzen).

Ich beziehe den Satz: „vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören" auch hieher, und zwar nicht blos weil dieser Satz als eigenes Alinea gedruckt ist, sondern auch im Hinblicke auf §. 776 der Civ.-Pr.-O. Einer vorhergehenden mündlichen Verhandlung bedarf es jedoch nicht, der Verwalter kann zur schriftlichen Verantwortung aufgefordert werden.

Die Strafe kann übrigens von Amtswegen verhängt oder auch in Folge Antrages der Gläubiger gegen den Verwalter festgesetzt werden. Die Motive bemerken, daß Letzteres die Regel bilden und der Richter einen Antrag Seitens des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erwarten werde, um einzuschreiten.

d. (Gläubigerversammlung).

I. So lange die Ernennung nur vom Gerichte ausgegangen und gleichsam die Sanktion der Gläubiger[13]) nicht erlangt hat, ist der Richter auch frei, den Verwalter wieder zu entlassen. Später ist kein Grund vorhanden, die Gläubiger gleichsam zu bevormunden; es gebietet — wie die Motive sagen — das überwiegende Interesse der Gläubiger an der Sache, ihren Antrag abzuwarten. Findet der Richter Grund, die Entlassungsfrage anzuregen, und es besteht kein Gläubigerausschuß, so kann er von Amtswegen eine Gläubigerversammlung berufen.

Es kann nun aber der Fall vorkommen, daß in der ersten auf die Ernennung des Konkursverwalters folgenden Gläubigerversammlung kein anderer Konkursverwalter gewählt, sondern es bei den vom Richter anfänglich ernannten Verwalter belassen wird. Für diesen Fall könnte die Frage entstehen, ob das Konkursgericht von Amtswegen den von ihm bei der Konkurseröffnung ernannten Konkursverwalter absetzen darf, ohne daß ein Antrag hiezu von einer Gläubigerversammlung[14]) vorliegt? Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist die Frage zu verneinen, und ich glaube, daß dieses auch das Richtige ist, denn wenn die Gläubiger keinen anderen Konkursverwalter wählen, so haben sie eben den vom Richter ernannten als den Mann ihrer Wahl bezeichnet. Wenn daher der vom Richter seinerzeit ernannte Verwalter nachträglich sich eine nichtentsprechenden Verwaltung oder Pflichtverletzungen zu Schulden kommen

---

endlich den §. 22 des RStG.-Buches betrifft, so spricht derselbe nur von Umwandlung der wegen Vergehen und Uebertretungen erkannten Geldstrafen.

13) Diese Sanktion liegt darin, daß die Gläubiger sich den ernannten Verwalter gefallen lassen und keinen anderen wählen.

14) Auch der Antrag eines oder mehrerer Gläubiger genügt also nicht.

läßt, so ist es Sache der Gläubiger, sich zu rühren; das Gericht hat keine Befugniß mehr, ihn ohne Antrag des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung zu entlassen, denn das Gesetz bezeichnet für diese Befugniß als zeitliche Schranke die erste Gläubigerversammlung. Sobald dieser Termin vorüber ist, einerlei, was in demselben geschah, ist die Entlassungsbefugniß ex officio für das Gericht erloschen.

e. (entlassen).

Die Entlassung des Verwalters erfolgt durch einen richterlichen Beschluß, welcher (in der Regel wohl zugleich mit der Ernennung des neuen) öffentlich bekannt zu machen ist[15]). Zugleich wird der Entlassene selbst (auch wenn er ohngeachtet gehöriger Aufforderung sich nicht „hören" ließ) verständigt und ihm hiebei (nach §. 73) die Bestellungsurkunde abgefordert werden müssen.

f. (zu hören).

I. Die Billigkeit erfordert, daß vor einer immerhin den persönlichen Ruf des Mannes wesentlich berührenden[16]) Entlassung eines Verwalters derselbe gehört werde[17]). Es bedarf aber auch hier keiner mündlichen Verhandlung, sondern der Richter kann sich mit einer schriftlichen Verantwortung begnügen. Daß der Richter, wenn er diese Verantwortung für gewichtig genug erachtet, um daraufhin auf den Entlassungsantrag nicht einzugehen, die Gläubiger hiewegen mit etwaigen Gegengründen hören müsse, ist nicht vorgeschrieben. Er kann dies aber und wird als vorsichtiger und billiger Richter es thun.

II. Sowohl gegen die Verhängung einer Ordnungsstrafe wie gegen den Entlassungsbeschluß steht dem Verwalter die Beschwerde zu[18]). Daß die Gläubiger sich gegen Ablehnung ihres Antrages auf Entlassung beschweren können, wird gleichfalls nicht zu bezweifeln sein[19]). Können aber die Gläubiger sich auch beschweren, wenn der Richter eine von ihnen

---

15) Obwohl dies im Gesetze nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, hat sich — wie mir versichert wird — in den seltenen Fällen, in denen eine Entlassung vorkam, die Praxis dafür ausgesprochen.

16) Die Pr. KO. §. 133 schrieb deshalb vor, es solle derselbe in nicht öffentlicher Sitzung mit seiner Erklärung gehört werden.

17) Und zwar einerlei, ob die Entlassung von Amtswegen oder auf Antrag erfolgt.

18) Der I. E. hatte, wie auch die Pr. KO., dieselbe ausgeschlossen, aber vorherige mündliche Verhandlung angeordnet.

19) Obwohl die Motive zum II. E. nur sagen: „überdies läßt der Entwurf dem Verwalter die Erhebung der Beschwerde offen.

beantragte Ordnungsstrafe nicht ausspricht? Ich glaube, nein; denn es liegt hier kein Interesse derselben vor; ihr Interesse besteht in der Frage, ob der Verwalter entspricht oder nicht, und wenn sie der letzteren Ansicht sind, so müssen sie eben seine Entlassung beantragen.

---

§. 77.

Honorar.

Der Verwalter hat Anspruch auf Erstattung [a]) angemessener [b]) baarer Auslagen [c]) und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung [d]) der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgericht [e]).

I. E. §. 83; II. E. §. 77; Pr. H. E. Art. 785; Pr. KO. §. 134; B. P. O. Art. 1293 Abs. 4.

a. (Erstattung).

Dieser Anspruch greift auch dann Platz, wenn der Konkursverwalter zugleich Gläubiger ist [1]), indem es doch immer wesentlich fremde Geschäfte sind, welche er zu besorgen hat. Wegen seiner Konkurs-Forderung allein würde er in den meisten Fällen nicht so vielen Mühewaltungen, Zeitversäumnissen und Unannehmlichkeiten sich unterziehen, als wenn er eine ganze Konkursmasse zu verwalten hat.

b. (angemessener).

Die Angemessenheit ist zu beurtheilen nicht nach dem Erfolge allein und auch nicht blos vom Standpunkte der Gläubiger, sondern als „angemessen" ist zu erachten, was der Konkursverwalter nach seinem redlichen Ermessen als nothwendig erachten mußte [2]).

c. (baarer Auslagen).

Hierunter ist nicht blos baares Geld zu verstehen. Wenn der Konkursverwalter zur Unterbringung der Massegegenstände ein Lokal miethen muß und den Miethzins auslegt, so bekommt er ihn ersetzt; aber auch wenn er sein eigenes, gewöhnlich vermiethetes Lokal dazu hergibt, kann

---

1) Anders Code de commerce Art. 485.

2) Fr. 27 §. 4 D, fr. 56 §. 4 D. mandati (17, 1) „impendia bona fide (necessario) facta;" c. 4 C. mandati (4, 35), „sumtus quos probabili ratione feceras." Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II S. 485.

er dafür Entschädigung verlangen[3]). Soferne der Verwalter Baarmittel vorgeschossen hat, wird ihm nicht versagt werden können, der Masse hiefür Zinsen zu verrechnen[4]).

d. (Festsetzung).

Bei der oder vor der Festsetzung braucht das Gericht weder die Gläubigerversammlung, noch den Gläubigerausschuß, noch den Gemeinschuldner, noch den Konkursverwalter zu hören, weil keines von allem diesem im Gesetze vorgeschrieben ist[5]). Selbstverständlich ist es aber deshalb dem Gerichte nicht benommen, von diesen Betheiligten oder von dem einen oder anderen derselben vor der definitiven Festsetzung bezüglich einzelner Ansätze oder auch bezüglich der ganzen Summe Informationsaufschlüsse zu erholen, wenn es Zweifel hat, ob die Ansätze angemessen sind.

Das Honorar kann ebensowohl in einer am Schlusse der Gesammtthätigkeit zu entrichtenden Summe als in bestimmten Zahlungen für gewisse Zeitabschnitte bestehen[6]). Absolut ausgeschlossen ist die Vereinbarung unter den Betheiligten selbst; ein Paktiren des Verwalters mit der Gläubigerversammlung oder mit dem Gläubigerausschuß über die Höhe seines Honorars oder Auslagenersatzes ist unter allen Umständen unzulässig und kann keinenfalls als bindend für den Richter erachtet werden, weil hiedurch die unabhängige Stellung des Verwalters beeinträchtigt werden würde[7]).

Daß die Gebühren und Auslagen des Verwalters zu den Massekosten gehören, ergibt sich aus §. 51 Ziff. 2 der KO. — Ueber die Art der Festsetzung des Honorars bemerken die Motive noch Folgendes: „Die Festsetzung des Honorars kann, da die geleisteten und noch zu leistenden Dienste des Verwalters sich nicht in ihren Einzelheiten darlegen lassen,

---

3) Macht der Verwalter für die Masse Reisen, so gebührt ihm der Ersatz seiner Auslagen, nicht aber Diäten, denn für seine Zeitversäumniß erhält er Entschädigung durch das Honorar.

4) Vgl. die Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 50; Bd. VI Nr. 35.

5) Motive zum II. E. S. 307. „Dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichtes bleibt es überlassen, die Betheiligten zuvor zu hören, sowie sonst erforderliche Ermittelungen anzustellen."

6) Ersteres ist in der Praxis allein üblich.

7) Im I. E. §. 23 war bestimmt, daß sich der Gläubigerausschuß mit dem Verwalter zu einigen habe und nur im Falle einer Nichteinigung das Gericht eintrete. Dies wurde aber als unpraktisch aufgegeben. Vgl. die citirte Stelle der Motive.

nur eine arbiträre sein. Sowohl die Leistungen des Verwalters [8]) als der Betrag der Masse [9]) sind bei der Bestimmung des Honorars in Betracht zu ziehen. Ein absoluter Maßstab läßt sich bei der großen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle nicht aufstellen [10])." Ist der Konkursverwalter ein Rechtsanwalt, so kann er außer der ihm als Verwalter zustehenden Belohnung nach meinem Dafürhalten [11]) auch noch besonders die Gebühren für die als Vertreter der Masse geführten Prozesse beanspruchen, ebenso wie er die Gebühren von dem in die Kosten verurtheilten Gegner der Masse für sich fordern kann. Dagegen kann er natürlich nicht nebenbei für seine als Verwalter vorgenommenen Handlungen noch eigens Deserviten neben dem Verwaltungshonorar verrechnen.

e. (erfolgt durch das Konkursgericht).

Nicht endgültig; denn diese Festsetzung ist eine „Entscheidung" des Konkursgerichtes und nachdem die Beschwerde dagegen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so muß sie (§. 66 Abs. 3) als zulässig erachtet werden. Als Betheiligte, welche das Gericht eventuell zu hören hat und welche demnach auch als diejenigen erscheinen, denen die Beschwerde zusteht, werden unzweifelhaft neben dem Verwalter, wenn er die Festsetzung für zu niedrig gegriffen findet, auch die einzelnen Konkursgläubiger anzusehen sein (nicht blos der Gläubigerausschuß, wie dies nach dem früheren Entwurfe (Note 7) der Fall gewesen wäre), und zwar jeder, der die Festsetzung für zu hoch

---

8) Der Richter läßt sich zu diesem Behufe den Akt des Verwalters vorlegen und prüft hienach den Umfang seiner geleisteten Arbeit.

9) Mit Recht bemerken die Motive an einer anderen Stelle, daß der Richter bei seiner Festsetzung auch das Interesse des Gemeinschuldners nicht außer Acht lassen dürfe.

10) Die Pr. KO. hatte einen Tarif aufgestellt, wonach als Regel bei Massen bis 1000 Thaler 2—6 Prozent, von 1000—5000 Thaler 1—3 Prozent, von Massen über 5000 Thaler nur 1/2 Prozent als Belohnung zuzubilligen waren.

11) Anders sprach sich ein in Gruchot's Beiträgen (Bd. IV S. 427—429) abgedruckter Beschluß des Appellgerichts zu Naumburg vom Jahre 1860 aus. Wenn es aber wohl keinem Zweifel unterliegt, daß ein jeder Verwalter, der sich eines Anwaltes bedienen muß, diesen zu honoriren hat und die dafür gemachten Auslagen ersetzt verlangen kann, so wird sich die im Texte gegebene Ansicht nicht bestreiten lassen. Ob der Richter bei Festsetzung des Honorars nicht die vom Verwalter, der zugleich Anwalt ist, von den Gegnern wie aus der Masse bezogenen Deserviten mit in Betracht ziehen kann, ist eine andere Frage.

erachtet[12]). Ich schließe mich aber jenen an, welche auch dem Gemeinschuldner die Beschwerde einräumen[13]), da derselbe wesentlich daran betheiligt ist, ob die Masse stark oder gering belastet wird.

---

§. 78.

Schlußrechnung.

Der Verwalter hat bei der Beendigung seines Amts[a]) einer Gläubigerversammlung Schlußrechnung[b]) zu legen. Die Rechnung muß mit den Belegen[c]) und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Bemerkungen[d]) spätestens drei Tage vor dem Termine[e]) auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten[f]) niedergelegt werden. Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger[g]) und der nachfolgende Verwalter[h]) sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung[i]) zu erheben[k]). Soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden[l]), gilt die Rechnung als anerkannt[m]).

I. E. §. 84; II. E. §. 78; Pr. H. E. Art. 932; Pr. KO. §. 220 u. 279; B. Pr.O. Art. 1293 Abs. 1.

a. (bei der Beendigung seines Amtes).

In der Regel wird die Beendigung des Amtes des Konkursverwalters mit dem Ende des Verfahrens (durch Schlußvertheilung, Zwangsvergleich, Einstellung) zusammentreffen; wenn aber dies nicht der Fall sein sollte, sondern aus irgend einem Grunde während des Konkurses ein Wechsel in der Person des Verwalters eintritt, muß gleichfalls die Schlußrechnung in der in §. 78 angeordneten Weise erfolgen. Es frägt sich nun aber: wie ist zu verfahren, wenn das Amt des Verwalters durch den Tod, eintretende Geistesstörung oder schwere Krankheit geendigt ist, in welchem Falle derselbe die in §. 78 vorgeschriebene Rechnungsablage selbst nicht mehr bethätigen kann? Vor Allem steht fest, daß die Erben bez. die Angehörigen des Schuldners die Materialien zur Rechnungslegung zur Verfügung stellen müssen; dagegen aber können sie meines Dafürhaltens zur Aufstellung der Rechnung selbst, weil dies ein höchst persönlicher Akt ist, nicht gezwungen werden. War von vornherein ein Stellvertreter für die Verhinderungsfälle für den Verwalter vorhanden,

---

12) Stieglitz S. 436, v. Wilmowski S. 323.

13) Fitting §. 29 Note 19, Pütter in Rassow u. Küntzel Jahrbüchern 1883 S. 336.

so ist natürlich dieser derjenige, welcher die Rechnung stellt. Ist aber ein solcher nicht da, so wird es wohl Sache des nachfolgenden Verwalters [1]) sein, aus den vorliegenden Materialien die Rechnung zu bewerkstelligen. Denn ohne eine solche wird er nicht in der Lage sein, die neue Verwaltung zu übernehmen, da er ja damit die Haftung für etwaige Versehen des Vorgängers auf seine Schultern laden würde. Daß in diesem Falle die Prüfung der Rechnungsablage dem Rechnungssteller gegenüber sich nur auf formelle Beanstandungen beschränken muß, weil er für die materielle Grundlage derselben, für die Geschäftsführung selbst, nicht haftet, bedarf kaum der Erwähnung [2]).

b. (Schlußrechnung).

Das Gesetz enthält keine Bestimmung, in welcher Form die Schlußrechnung abzulegen ist; es kann daher der Verwalter einen kaufmännisch geführten, in Debet und Credit getheilten Konto ausstellen. Er kann aber auch einen fortlaufenden Bericht über seine Verwaltungshandlungen (und zwar im Anschlusse an das Inventar, über die Verwerthung der einzelnen Objekte der Reihenfolge nach) abstatten, in welchem die Einnahmen und Ausgaben der Zeitfolge nach vorgetragen und schließlich abgeglichen werden [3]). Bei kleineren Massen genügt das Letztere, bei größeren möchte es am zweckmäßigsten sein, einen kurzgefaßten Verwaltungsbericht in chronologischer Ordnung und daneben eine ordnungsgemäße Kontokorrent-Aufstellung vorzulegen.

Gehören zur Masse kaufmännisch betriebene Geschäfte, Handlungsetablissements, Fabriken und Aehnliches, so wird über diese der Auszug

---

1) Man könnte auch annehmen, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt sei, müsse dieser in solchem Falle die Rechnungsablage übernehmen oder es müsse eine Gläubigerversammlung berufen werden, welche einen eigenen Rechnungssteller ernenne. Am einfachsten aber überträgt man die Sache dem nachfolgenden Verwalter selbst. Dieser Ansicht haben sich angeschlossen: Fitting §. 29 Note 34, Stieglitz S. 437, v. Wilmowski S. 324.

2) Die Haftung, soweit sie vermögensrechtlich ist, bleibt den Erben.

3) Eine blos mündliche Rechnungsstellung ist durch den §. 78 ausgeschlossen. Auch durch Mehrheits-Beschluß der Gläubigerversammlung wird dieselbe nicht zulässig, weil ja der Gemeinschuldner und jeder einzelne Gläubiger das gesetzliche Recht der Einwendungen hat. Wenn aber z. B. bei kleinen Massen sowohl der Schuldner wie sämmtliche Gläubiger sich auf mündliche Rechnungsablage vereinigen, wird der Richter sie nicht verbieten können. Denn die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei ist nicht im öffentlichen, sondern im Interesse der Gläubiger und des Gemeinschuldners geboten; es kann also auf sie verzichtet werden.

aus den Büchern vorgelegt und in der Hauptrechnung nur das Gesammtsaldoergebniß, also der Saldo aus Gewinn- und Verlust-Konto eingestellt.

c. (mit den Belegen).

Im Allgemeinen sind beide Arten von Posten, sowohl die Einnahmen wie die Ausgaben, zu belegen; die ersteren nicht an sich — denn die Gläubiger haben kein Interesse, eine ihnen zugehende Vermehrung der Masse zu beanstanden —, wohl aber deshalb, um nachzuweisen, daß eine an sich feststehende Einnahme auch gerade in diesem und in keinem höheren Betrage erfolgte [4]).

Was die Ausgaben betrifft, so bilden für diese die Quittungen der Zahlungsempfänger den regelmäßigen Beleg. Ich halte es indessen nicht für absolut geboten und nothwendig, daß gerade jeder einzelne kleine Posten auch urkundlich belegt sei. Wenn für eine an sich plausible kleine Ausgabe auch keine Quittung vorliegt [5]), werden vernünftige Gläubiger sie wohl nicht beanstanden. Sicherer geht aber immer der Verwalter, wenn er auch in den Fällen, in welchen nach gewöhnlicher Sitte keine Rechnungen ertheilt werden, sich quittiren läßt [6]). Für kleinere Auslagen, z. B. Porti, Droschken, Dienstmänner u. s. w. werden übrigens ohnehin in der Regel Pauschalansätze genehmigt werden.

d. (mit dessen Bemerkungen).

Die Bemerkungen können sich auf die formale Rechnungsstellung erstrecken, z. B. ob diese Einnahme nicht in Wirklichkeit höher war, ob jene Ausgabe auch effektiv gemacht wurde u. dgl., es kann aber auch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht diese und jene Einnahme in höhrem Betrage hätte erzielt werden können [7]), ob diese oder jene Ausgabe nicht

---

4) Wenn z. B. zur Masse Coupons von österreichischen Papieren eingehen, wird der Verwalter sich über den eingezogenen Betrag wegen des wechselnden Courses allerdings mittelst einer Nota des Bankiers, bei dem er die Coupons einwechselte, zu sichern haben, und Aehnliches.

5) Es ist mitunter geradezu unmöglich, sich eine solche zu verschaffen; wenn der Verwalter hie und da in einer Droschke zu Gericht fährt, würden ihm die Kutscher, denen er eine Quittung zur Unterschrift vorlegt, sonderbare Antworten ertheilen.

6) Es empfiehlt sich, ein laufendes Verzeichniß mit vier Rubriken zu führen: 1) Datum, 2) Gegenstand, 3) Betrag, 4) Namen des Empfängers; z. B. also: 1880. 1. Mai ‖ Dienstmann ins Gericht ‖ 20 Pf. ‖ Unterschrift des Dienstmanns, und in dieses (wenn auch nur mit Bleistift) jedesmal den Empfänger seinen Namen oder seine Kreuze einzeichnen zu lassen.

7) Z. B. es ist für zehn Coupons von Oesterreichischen Nationalbank-Aktien auf 1. März 500 Mark verrechnet. Hier kann eingewendet werden: nach

zu vermeiden war oder wenigstens mit weniger zu bestreiten gewesen wäre.

Die Bemerkungen müssen schriftlich abgegeben werden und dürften wohl nur diejenigen zulässig sein, welche der Ausschuß als solcher billigt. Bemerkungen eines einzelnen Ausschußmitgliedes eignen sich nicht zur Einverleibung in jene, welche als vom Gläubigerausschusse ausgehend auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden. Ist indessen das Ausschußmitglied Konkursgläubiger, so steht ihm die Befugniß, Einwendungen zu erheben, allerdings zu, aber nur im eigenen Namen.

e. (drei Tage vor dem Termine).

Der Termin, an welchem die Abnahme der Schlußrechnung zu erfolgen hat, ist nach §. 150 der KO. nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzusetzen. Es läßt sich nun fragen: bis wann hat der Verwalter die Rechnung dem Gläubigerausschuß zu Handen zu stellen, damit dieser sie durchsehen und seine Bemerkungen abgeben kann? Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmung; allein wenn schon den sonstigen Betheiligten zur Prüfung drei Tage Zeit gewährt sind, so muß dem Gläubigerausschuß doch wohl eine längere Frist offen bleiben. Es wird am zweckmäßigsten sein, wenn der Richter, bevor er den Schlußtermin anberaumt, sich vergewissert, bis wann der Verwalter die Rechnung dem Gläubigerausschuß abliefern kann und welche Zeit dieser zu bedürfen glaubt, um seine Bemerkungen abzugeben, und wenn er den Termin unter Berücksichtigung der weiteren für die sonstigen Betheiligten offen zu lassenden drei Tage dann erst festsetzt.

Gibt der Gläubigerausschuß bis zum dritten Tage vor dem Schlußtermine keine Bemerkungen ab, so ist er damit, als Ausschuß, ausgeschlossen. Diejenigen Mitglieder desselben, welche Konkursgläubiger sind, können dann nur noch im Termine, wie alle anderen, Einwendungen erheben.

f. (der Betheiligten).

Als solche werden wohl nur die gleich darauf im Gesetz Genannten: Gemeinschuldner, Verwalter und die Konkursgläubiger zu erachten sein. Die in der Rechnung vorkommenden Personen sind zwar gewissermaßen bei derselben betheiligt, indessen nicht rechtlich, da ihnen dadurch nicht wohl ein Präjudiz erwachsen kann. Sie werden nicht zum Termine ge-

---

dem Cours vom 1. März betrugen diese Coupons 520 Mark; es kann aber auch beanstandet werden, daß die Einlösung erst am 1. März erfolgte, indem solche schon am 1. Februar hätte geschehen können und sollen und dann beim damaligen Cours 550 zu erzielen gewesen wären.

laden, von ihnen wird beim Mangel einer Einwendung im Termine nicht vermuthet, daß sie die Rechnung anerkennen; ihnen steht also auch nicht wohl zu, die Papiere auf der Gerichtsschreiberei einzusehen.

g. (jeder Konkursgläubiger).

Dieser allgemeine Ausdruck ist zu limitiren; es können offenbar nur jene Konkursgläubiger zur Erhebung von Einwendungen befugt sein, welche an der Masse ein Interesse haben. „Der vollständig befriedigte Gläubiger ist zur Rechnungsabnahme nicht mehr legitimirt." (Motive.) Dasselbe muß wohl auch von solchen Gläubigern gelten, welche z. B. wegen verspäteter Anmeldung, Versäumniß der Termine u. dgl. [8]) an der Vertheilung der Masse nicht Theil nehmen. Unter Einwendungen sind nicht blos wirkliche Einreden, sondern überhaupt alle Erinnerungen gegen die Rechnung (vgl. oben lit. d) zu verstehen [9]).

h. (der nachfolgende Verwalter).

Wie ist es, wenn der nachfolgende Verwalter erst nach dem zur Ablegung der Schlußrechnung des vorausgegangenen Verwalters anberaumten Termine ernannt würde [10])? In diesem Falle könnte ihm, wie ich glaube, das Recht, nachträglich Einwendungen zu erheben, nicht bestritten werden.

i. (Einwendungen gegen die Rechnung).

Der bisherige Verwalter hat hinwiederum natürlich die Berechtigung, gegen die Bemerkungen des Gläubigerausschusses wider seine Rechnung Einwendungen zu erheben.

k. (zu erheben).

Wann diese Einwendungen zu erheben sind, ist nicht gesagt. Im Allgemeinen werden die Einwendungen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger sowie des neuen Verwalters — im Gegensatze zu den Bemerkungen des Gläubigerausschusses — im Termine selbst vorgebracht

---

8) Hiegegen ließe sich einwenden, ein solcher Gläubiger könne sich ja nach geendigtem Konkurse wegen Befriedigung seiner Ansprüche an das Vermögen halten, welches der Schuldner erwirbt; er habe also allerdings ein Interesse, wie die Verwaltung geführt worden sei, da hievon abhänge, wie viel der Schuldner noch belastet bleibt und wie groß also seine eigene Hoffnung auf Befriedigung ist. Allein dieses entfernte Interesse kann, wie ich glaube, ihm keine Befugniß geben, sich in Fragen zu mischen, welche nur das Konkursverfahren als solches betreffen.

9) Vgl. §. 560 und 561 der RCiv.-Pr.-O. und die Bemerkungen hiezu in Seuffert S. 703 u. Wilmowski u. Levy zu §. 560.

10) Was freilich nicht vorkommen soll und jedenfalls durch Verlegung des Termines beseitiget werden wird.

werden. Allein ich erachte es nicht für ausgeschlossen, daß einer der vorgenannten Betheiligten seine Einwendungen auch schriftlich vorher auf der Gerichtsschreiberei niederlegen darf, nur muß er oder ein im Termine erschienener Anderer sie an diesem vorbringen, sonst trifft sie nach dem letzten Satze des §. 78 die Nichtberücksichtigung.

l. (Soweit im Termine Einwendungen nicht erhoben werden).

Das Gesetz drückt sich hier ganz allgemein aus; es sagt nicht „von den im Termine Anwesenden". Daher gilt das Präjudiz der Annahme der Anerkennung auch gegen die im Termine nicht Erschienenen; natürlich nur soweit Solche Einwendungen im Termine zu erheben haben, also gegen Gemeinschuldner, Konkursgläubiger und neuen Verwalter, nicht aber gegen Absonderungs- und Aussonderungsberechtigte.

m. (als anerkannt).

I. Dieser Ausdruck ist nicht in der Allgemeinheit auszulegen, als ob die gestellte Rechnung überhaupt anerkannt sei, sobald im Termine Einwendungen nicht erhoben worden sind. Gegen den in der Rechnung belasteten Dritten [11]) kann selbstverständlich durch die Handlungen oder Unterlassung Anderer kein Recht begründet werden; aber auch für den in der Rechnung Vorgetragenen erwächst kein Anspruch aus dem Anerkenntniß der Gläubiger oder des Gemeinschuldners im Termine [12]).

Das in §. 78 am Schlusse aufgestellte Präjudiz der Annahme eines Anerkenntnisses bezieht sich nur auf das Verhältniß zum abgetretenen Verwalter. Dies ergibt sich aus dem Umstande, daß die Fassung des I. E. lautete: „soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden, gilt der Verwalter als entlastet", und daß die Motive hiezu („die Bestimmungen . . . bezwecken, ... soweit sie eine Präklusion androhen, die Sicherung des abgehenden Verwalters gegen eine Verschleppung der

11) Z. B. der Verwalter trägt vor unter den Ausständen:
„Kaufmann A für gelieferte Waare laut Factura (Beleg 20) 1000 Mk." Dadurch, daß die Gläubiger im Termine diesen Posten nicht beanstanden, wird natürlich der A nicht schuldig, diesen Betrag zu zahlen, wie es der Fall wäre (Art. 294 des A. D. HGB.), wenn er selbst den Contocorrent, in welchem ihm der Posten belastet war, unbeanstandet gelassen.

12) Z. B. in der Rechnung steht unter den „Diversen Creditoren" die Firma „A B Söhne an Spesen und Provision 200 Mark." Wenn dieser Posten von den Gläubigern und dem Gemeinschuldner in dem Schlußtermine auch nicht bekämpft wird, so könnte doch in einem später gegen den Gemeinschuldner nach beendigten Konkurse angestrengten Prozesse die Firma A B Söhne sich nicht auf ein Anerkenntniß berufen.

Rechnungslegung") mit dem Beisatze zum II. E. §. 78 wiederholt sind: „und sie bezwecken die Abgrenzung der aus seiner Geschäftsführung geltend zu machenden Ansprüche"; so daß offenbar mit der jetzigen Fassung nicht eine materielle Aenderung beabsichtigt war, sondern dieselbe auch nur die „Entlastung des Verwalters" ausdrücken soll.

II. Will die Rechnung nicht anerkannt werden, so kann dies natürlich nicht mit einer allgemeinen Negation geschehen; es können die Betheiligten sich nicht auf die Erklärung beschränken: „die gestellte Rechnung wird nicht anerkannt [13])." Sie müssen vielmehr die Gründe angeben, sie müssen diejenigen Posten bezeichnen, welche sie als falsch erklären wollen oder welche sie als nicht vorgetragen erachten u. s. w. Die Austragung dieser Streitigkeiten erfolgt dann nicht im Konkursverfahren, die Erledigung der angefochtenen Punkte, die Entscheidung über das, was in der Rechnungslegung beanstandet wird, erfolgt im Prozeßwege nach den allgemeinen Vorschriften [14]). Indessen wird es im Amte des Konkursrichters liegen, im Termine eine Auseinandersetzung und gütliche Vereinigung der strittigen Frage zu erzielen.

Alle Posten, über welche Rechnung gestellt ist und welche nicht beanstandet wurden, können gegen den Verwalter im Prozeßwege nicht weiter verfolgt werden [15]). Indessen ist der Regreß gegen den Verwalter nicht von der vorherigen Rechnungsstellung abhängig [16]); doch glaube ich, daß dies nur gilt, wenn er sich deren weigert. Gegen eine sofortige Klage wird ihm allerdings die Einrede zustehen: „Wartet nur erst meine Schlußrechnung ab."

III. Auch hinsichtlich der Anerkennung der vom Verwalter gestellten

---

13) Ein Anderes ist es, wenn behauptet wird, die Rechnung sei so unordentlich, so unklar, so verwirrt, daß man sich über dieselbe gar nicht erklären könne. Ich glaube, diese Frage zu entscheiden, ist Sache des Konkursrichters selbst, jedoch natürlich nur insoweit, als er den Verwalter durch Ordnungsstrafen zur Ablegung einer besseren und vollständigeren Rechnung veranlassen kann.

14) Motive zum II. E. S. 308.

15) Die Beanstandung wird im Protokolle zu konstatiren sein; der Aufnahme in das Protokoll steht der Aufnahme in einer dem Protokoll als Anlage beigegebenen Schrift gleich. Auch durch Bezugnahme auf frühere schriftliche Erklärungen, soferne dies im Protokoll bemerkt wird, kann eine Einwendung erhoben werden.

16) Vgl. die auf Grund des Pr. LR. ergangenen, aber auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen fußenden Erk. des Berl. Obertribunals v. 16. September 1851 und vom 24. Juni 1861 bei Striethorst Bd. 3 S. 83 und Bd. 42 S. 194.

Schlußrechnung muß der allgemeine Rechtsgrundsatz [17]) Geltung haben, daß „die Anerkennung einer Rechnung den Beweis des Irrthums oder eines Betruges in der Rechnung nicht ausschließe.“ Wenn die Betheiligten im Termine auch keine Beanstandung erhoben haben, es stellt sich aber später heraus, das Facit sei in Folge eines Additionsfehlers nicht richtig, so muß natürlich dieser Irrthum nachträglich berichtigt werden.

Hinsichtlich der Frage aber, welcher Irrthum nachträgliche Berücksichtigung finde, und was als anfechtbarer Betrug anzusehen sei, bleibt es bei den Bestimmungen des maßgebenden bürgerlichen Rechtes.

III. Der Gläubigerausschuß [a]).

§. 79.

Bestellung und Wahl des Ausschusses.

Vor der ersten Gläubigerversammlung [b]) kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger [c]) oder der Vertreter von Gläubigern [d]) einen Gläubigerausschuß [e]) bestellen.

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschließen [f]). Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen [g]). Zu Mitgliedern können Gläubiger oder andere Personen [h]) gewählt werden [i]).

I. E. §. 85; II. E. §. 79; Pr. H. G. Art. 875 ff.; Pr. KO. §. 214; B. P. O. Art. 1236 u. 1280 Ziff. 2, Art. 1282.

a. (der Gläubigerausschuß).

Schon das Gemeine Recht kannte die Einrichtung, daß bei unverhältnißmäßig großer Zahl der Gläubiger oder aus anderen Zweckmäßigkeitsgründen aus den am Orte des Konkursgerichtes anwesenden Creditoren ein engerer Ausschuß, welchen die Vertretung der Gesammtgläubigerschaft zu führen hatte, gebildet wurde [1]). Die Preußische Konkursordnung von 1855 hat das Verdienst, dieses Institut einer „Gläubigervertretung“ wesentlich neu gestaltet zu haben und der in ihrem

---

17) Vgl. Art. 291 des A. D. HGB. und Kommentar von Anschütz und Völderndorff Bd. III S. 98 ff.

1) Schweppe a. a. O. S. 191; v. Bayer a. a. O. S. 115.

achten Abschnitte gesetzlich eingeführte[2]) „Verwaltungsrath“ erleichterte so wesentlich die Geschäfte des gerichtlichen Kommissars, daß eine Novelle vom 12. März 1869[3]) auch für das erste Stadium des Verfahrens, für die Zeit der einstweiligen Verwaltung die Bestellung eines provisorischen Verwaltungsrathes anordnete[4]). Auf dieselbe Weise regelte die Bayer. Pr.-Ord. das Institut.

Die Konkursordnung hat sich, wie die Motive[5]) bemerken, die Aufgabe gesetzt, die in den Preußischen Gesetzen als richtig anerkannten Prinzipien zur konsequenten Durchführung zu bringen. Sie faßt den Gläubigerausschuß auf als das Vertretungsorgan der Gläubiger[6]), durch freie Willensbestimmung begründet und begränzt, nicht einem öffentlichen Amte, sondern einem Mandate entsprechend. Diese Anschauung ist deßhalb hervorzuheben, weil sich hiernach in Zweifelsfällen über die Befugnisse des Ausschusses, über seine Pflichten und Anderes die Auslegung an die Grundsätze von dem Vollmachtsvertrage zu halten haben wird[7]).

b. (Vor der ersten Gläubigerversammlung).

Die Befugniß des Gerichtes zur Bestellung eines Gläubigerausschusses ist ausdrücklich nur auf die Zeit bis zur ersten Gläubigerversammlung vom Gesetze eingeräumt. Sobald diese stattgefunden hat, ist das Gericht zu keiner solchen Bestellung mehr berechtigt. Dasselbe kann also nicht, wenn in dem von den Gläubigern gewählten Ausschusse einer

---

2) Nachdem man davon ausging, daß nur die Gläubiger selbst ihre eigene Vertretung wählen könnten, ergab sich die Folge von selbst, daß vor der ersten Gläubigerversammlung kein Verwaltungsrath bestehen konnte.

3) „Die Abänderung einiger Bestimmungen der Konkursordnung betr.“ Gesetzsammlung vom Jahre 1869 S. 465.

4) Die Gläubiger erhielten einen 14tägigen Termin zur Aeußerung, ob ein solcher Verwaltungsrath überhaupt und wer vom Gerichte in denselben gewählt werden solle.

5) Zum II. E. S. 310.

6) Sehr richtig bemerkt Fitting §. 30 Note 4, daß der Ausschuß keinerlei amtliche Stellung hat und nicht zu der Gläubigerversammlung, sondern zu den Gläubigern im Auftragsverhältnisse steht. Auch die nicht erschienenen, die nichtstimmenden, ja sogar die überstimmten sind Mandanten des Ausschusses und dieser ist denen, die ihn gar nicht haben wollten, dennoch ebenso verantwortlich, als denjenigen, welche ihn gewählt haben.

7) Natürlich nur im Allgemeinen, soweit sich nicht aus den in der KO. selbst gegebenen Direktiven der Zweifel mittelst Schlußfolgerung und Analogie lösen läßt.

oder mehrere Gewählte durch Tod oder aus sonstigen Gründen ausscheiden, provisorisch andere Mitglieder ernennen. Aber auch für den Fall, daß die erste Gläubigerversammlung beschlossen hatte, keinen Ausschuß zu wählen (vgl. unten lit. f), darf, wenn sich etwa die Verhältnisse ändern und die Umstände nachträglich das Vorhandensein eines Ausschusses wünschenswerth erscheinen lassen sollten, nicht das Gericht ohne die Versammlung zu befragen einen solchen provisorisch bestellen, sondern es muß bis zur nächsten Gläubigerversammlung gewartet, allenfalls auch eine solche eigens hiezu berufen werden. Darin also unterscheidet sich die Befugniß des Gerichtes zur Bestellung des provisorischen Ausschusses wesentlich von derjenigen zur Ernennung des Verwalters.

c. (aus der Zahl der Gläubiger).

I. Da vor der ersten Gläubigerversammlung noch kein Anmeldungs- und Prüfungstermin stattgefunden hat (§. 102 Abs. 1) und auch noch keine Feststellung der Konkursforderungen, so entsteht die Frage, welche Personen als Gläubiger oder Vertreter von Gläubigern das Gericht in den ersten Gläubigerausschuß zu bestellen hat. Dasselbe kann natürlich nicht auf's Geradewohl Gläubiger supponiren, es ist jedenfalls an diejenigen Namen gebunden, welche in den Vorbereitungsakten, z. B. in dem Konkurseröffnungsantrage des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers stehen. Nun weiß man allerdings in dieser Zeitperiode noch gar nicht, ob diesen Gläubigern überhaupt eine Forderung zusteht und in welchem Betrage und ob also damit nicht Personen in den Ausschuß kommen, welche schließlich gar keine Gläubiger sind [8]; es frägt sich daher, ob nicht irgend eine Vorprüfung stattfinden müsse. Der Gesetzartikel enthält über diese Frage keine Bestimmung, es muß daher zur Analogie gegriffen werden, und für diese gibt der §. 87 einen Anhaltspunkt, indem hierin bestimmt ist, daß bei streitig gebliebenen Forderungen bei der Prüfung des Stimmrechts der Gläubiger mit den Parteien erörtert wird, ob und zu welchem Betrage für diese Forderungen ein Stimmrecht zu gewähren ist, und daß in Ermangelung einer Einigung das Konkursgericht zu entscheiden hat; ferner, daß der Richter auf Widerspruch eines Gläubigers oder des Verwalters bestimmt, inwieweit nichtgeprüfte Forderungen zu Stimmen in der Gläubigerversammlung zugelassen werden sollen. Der Grund und Zweck dieser Gesetzesbestimmungen trifft auch bei der aufgestellten Frage zu, nur fällt hier selbstverständlich die Erörterung mit

8) Es ließe sich ja denken, daß der Gemeinschuldner, um einen ihm günstigen provisorischen Ausschuß zu erlangen, sein Gläubigerverzeichniß danach einrichtet.

den Parteien oder vorherige Einvernehmung der Gläubiger hinweg [9]), weil diese selbst noch nicht feststehen und die Einleitung einer Verhandlung der provisorischen Natur der Bestellung des Ausschusses durch den Richter widerstreiten würde. Der Bestellung des einstweiligen Ausschusses wird deshalb lediglich eine allgemeine Prüfung des Gerichtes über die Glaubhaftigkeit der ihm bis dahin irgendwie bekannt gewordenen Forderungen voranzugehen haben, um möglichst sicher zu sein, daß in der Bezeichnung derjenigen Personen, welche den Ausschuß bilden sollen, lediglich wirkliche Gläubiger begriffen sind [10]).

II. Die Bayer. Prozeßordnung von 1869 hatte in den provisorischen Ausschuß nur am Gerichtssitze wohnhafte Gläubiger (Art. 1236), für den definitiven auch solche, die in unmittelbarer Nähe desselben wohnen (Art. 1282), zugelassen. Der zweite Entwurf beschränkte wenigstens für den ersteren die Auswahl auf die am Orte wohnhaften Personen; bei der Berathung (K. Prt. S. 63) wurde jedoch auf Antrag des Abg. Hullmann „diese Schranke für das Ermessen des Gerichtes" beseitigt. Der Richter wird indessen, nachdem der Ausschuß im Interesse des Gerichtes und des Verwalters, zu dessen Unterstützung er dienen soll [11]), sich möglichst rasch muß versammeln und ohne besondere Weitläufigkeiten befragt werden können, wohl nur solche Personen als Ausschußmitglieder bestellen, welche „wenn auch nicht am Gerichtsorte selbst, doch in solcher Nähe wohnen, daß sie an den Geschäften des Ausschusses beständig Antheil nehmen können [12])."

d. (oder der Vertreter von Gläubigern).

Sei es gesetzlicher oder freiwilliger; es können also auch die Anwälte von Gläubigern vom Gerichte in den Ausschuß gezogen werden. Hinsichtlich der Legitimation, das heißt bezüglich der Frage, wer formell als Vertreter eines Gläubigers zu gelten habe, ist in der Konkursordnung nichts Besonderes vorgeschrieben; es bleibt also bei den allgemeinen Vorschriften der §§. 76 und 85 der Civ.-Pr.-O. über die Art des Nachweises der Bevollmächtigung.

e. (einen Gläubigerausschuß).

Dieser Ausschuß läßt sich als „provisorischer [13])" der Kürze halber

---

9) Den Verwalter wird der Richter in zweifelhaften Fällen zu Rathe ziehen.

10) Vgl. Fitting §. 30, II.

11) Aeußerung des R.-Rathes Hagens.

12) Bemerkung des Abg. Hullmann.

13) So bezeichnete ihn auch der Regierungsvertreter in der Justizkommission, z. B. K. Prt. S. 53.

bezeichnen. Nur darf nicht vergessen werden, daß die vom Gerichte bestellten Personen unter Umständen (z. B. wenn die erste Gläubigerversammlung sie bestätigt) auch den definitiven Ausschuß bilden können. Wie groß der provisorische Ausschuß sein soll, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben; es sind darüber die unten (lit. g) zu gebenden Erläuterungen zu vergleichen. Ueberhaupt gelten sämmtliche über den Gläubigerausschuß allgemein getroffenen gesetzlichen Bestimmungen sowohl für den provisorischen wie für den definitiven.

Auch der provisorische Ausschuß ist, wie sich aus dem Worte: „kann" ergibt, nicht obligatorisch, der Richter ist befugt, wenn er es nicht für nöthig oder entsprechend erachtet, die Vornahme der bis zur ersten Gläubigerversammlung angezeigten Handlungen und Maßnahmen dem Verwalter allein zu überlassen.

f. (beschließen).

I. Aus dem in diesem Gesetzestexte gebrauchten Ausdruck „hat zu beschließen" folgt nicht, daß die Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuß bestellen muß, denn ein Zwang in dieser Hinsicht wäre praktisch nicht ausführbar. Das Gesetz erklärt also die Einsetzung eines Ausschusses für fakultativ, nicht für obligatorisch. Wenn nun aber die Gläubiger keinen Ausschuß wählen[14], so verzichten sie hierdurch stillschweigend auf eine besondere Vertretung[15], und es kann alsdann das Recht zur Bestellung eines definitiven Gläubigerausschusses und bezw. zur Beibehaltung oder Aenderung des nach Abs. 1 des §. 79 schon vor der ersten Gläubigerversammlung einstweilen bestellten Ausschusses auch nicht auf das Gericht übergehen, weil dieses im Gesetze nicht vorgeschrieben ist und die Konkursordnung grundsätzlich jede Einmischung des Gerichtes in die Verwaltung möglichst vermeiden will, wo solche nicht ausdrücklich im Ge-

---

14) Natürlich können aber die Gläubiger in ihrer ersten Versammlung beschließen, daß der vom Richter bestellte Ausschuß bleiben soll; dann ist eben dieser als gewählt anzusehen. Fassen sie aber überhaupt keinen Beschluß, so kann daraus nicht, wie Hullmann S. 230 annimmt, das stillschweigende Fortbestehen des provisorischen Ausschusses gefolgert, sondern es muß angenommen werden, daß kein Ausschuß bestellt werden wollte. Vgl. Petersen S. 316; v. Sarwey S. 559; Stieglitz S. 439, v. Wilmowski S. 327.

15) Indessen hat natürlich solch ein Beschluß keine Rechtskraft. Wenn auch die erste Gläubigerversammlung beschlossen hatte, keinen Ausschuß zu wählen, kann eine spätere doch einen solchen (z. B. veränderter Umstände halber) wählen.

setze vorgeschrieben oder zugelassen ist. Es wird daher im bezeichneten Falle der provisorische Gläubigerausschuß seine Funktionen sofort einzustellen haben. Es kann aber auch das, was im Gesetze ausdrücklich dem Gläubigerausschuß an Rechten und Pflichten eingeräumt ist, weder auf das Gericht [16]) noch auf die Gläubigerversammlung [17]) selbst übergehen. Es hat daher — und dies wird besonders bei geringfügigen Massen und einfachen Verhältnissen sich ergeben — in solchem Falle der Verwalter allein zu entscheiden und überhaupt eine Einmischung in die Verwaltung fortzufallen, wobei es den Gläubigern überlassen bleibt, die durch diesen Ausfall etwa nothwendigen oder zweckmäßigen Maßregeln auf irgend eine Weise zu treffen oder zu veranlassen [18]).

II. Es drängt sich die Frage auf: wie verhält es sich in den Fällen, in welchen nach §. 71 der KO. mehrere Verwalter gewählt sind? Können — dies vorausgesetzt — auch mehrere Gläubigerausschüsse bestellt werden? Ich glaube: ja [19]). Es ist gewiß praktisch und entsprechend, falls etwa der Konkurs beim Amtsgericht in Straßburg geführt wird, zur Masse gehört eine in dem 60 Kilometer entfernten Orte Staudach gelegene Fabrik, und zur Führung derselben ist ein eigener Verwalter eingesetzt, daß zur Ausübung der in §§. 121 u. 122 aufgezählten Controlehandlungen ein Ausschuß aus Personen gewählt werde, welche in Staudach oder nächster Nähe wohnhaft sind, anstatt dazu den in Straßburg sitzenden Ausschuß zu verwenden. Das Gesetz, welches gerade in Betreff des Gläubigerausschusses die freieste Bewegung zum Grundsatze hat, enthält nirgends eine Bestimmung, welche eine solche Theilung der Ausschußthätigkeit ausschließt. Es kann sogar in Fällen sehr umfassender Liquidationen die Arbeitslast für dieselben Ausschußmitglieder überhaupt zu groß sein, und ich sehe kein gesetzliches Hinderniß, wenn die Gläubiger-

16) Nur bezüglich der Gewährung des nothdürftigen Unterhaltes an den Gemeinschuldner und dessen Familie tritt nach §. 118 Abs. 1 der KO., wenn kein Gläubigerausschuß besteht, das Gericht an dessen Stelle.

17) Wo dies nicht ausdrücklich im Gesetze steht, was nur in den in §. 122 der KO. bezeichneten Fällen verfügt ist. Ausnahmsweise tritt nach §. 123, falls ein Gläubigerausschuß nicht besteht, der Gemeinschuldner in den Vordergrund.

18) Ob dies durch Anträge auf Arrest oder auf sonstige einstweilige Verfügungen im Sinne der §§. 796 u. ff. der Civilprozeßordnung geschehen könne, ist indessen zweifelhaft.

19) Ebenso Fitting S. 256 Note 1; Petersen S. 317; v. Sarwey S. 559; Wengler S. 452; v. Wilmowski S. 326.

versammlung es für zweckmäßig erachten sollte, zu beschließen z. B.: daß zur Anhörung und Prüfung des etwa monatlich zu stellenden Berichtes und der wöchentlich zu legenden Rechnung über die Verwerthung der Masse (§. 120 Abs. 2) ein Gläubigerausschuß, bestehend aus Hrn. A, B u. C, zu bestellen sei, und daß dieser auch nach §. 78 die Schlußrechnung zu prüfen habe, daß aber zur Wahrnehmung der übrigen gesetzlichen Thätigkeit der Gläubigerausschuß, bestehend aus den Hrn. D, E, F, G u. H, aufgestellt werde.

g. (zu wählen).

Wie viele Personen in den Ausschuß zu wählen[20]) sind, ist dem Ermessen der Gläubigerversammlung überlassen; das Gesetz schreibt in dieser Hinsicht keine Beschränkung vor. Eben deßhalb kann das Gericht auch ein allenfallsiges Uebermaß der Anzahl der gewählten Gläubigerausschußmitglieder nicht abstellen; es wird das eigene vernünftige Ermessen der Gläubiger schon das richtige Maß finden[21]).

Auch ein Zwang zur Annahme der Wahl findet nicht statt[22]), und ebensowenig eine gerichtliche Bestätigung.

Das oben unter lit. c angeregte Bedenken, wie die „Gläubiger" bestimmt werden können, ehe noch festgestellt ist, welche Personen wirklich forderungsberechtigt sind und bis zu welchem Betrage, kann auch bezüglich derjenigen Gläubiger erhoben werden, welche nach §. 79 Abs. 2 von der ersten Gläubigerversammlung in den Ausschuß gewählt werden sollen, denn auch diese findet gemäß §. 126 u. ff. schon vor dem allgemeinen

---

20) Die Wahl erfolgt nach §. 86 der KO. mit relativer Mehrheit.

21) Empfehlen wird sich, daß die Gläubiger sich auf eine ungerade Zahl und zwar auf drei oder fünf Mitglieder beschränken. Größere Ausschüsse sind unbeweglich und gleiche Zahl erschwert die Abstimmung. Man muß sogar aus §. 82 der KO. die gesetzliche Nothwendigkeit einer ungleichen Mitglieder-Zahl folgern. (Es ist indessen dahier auch einige Male ein Ausschuß von vier Mitgliedern gewählt worden.) Mindestens drei Mitglieder müssen jedenfalls gewählt werden, weil sonst ein „Mehrheitsbeschluß" nicht denkbar ist. Ebenso Fitting S. 257 Note 2; v. Sarwey S. 559. Anderer Meinung ist v. Wilmowski S. 326, welcher bemerkt, die Praxis lasse Ausschüsse von 2 Mitgliedern als unbedenklich zu. Bei den Münchner Gerichten ist eingezogener Erkundigung zufolge bisher kein Ausschuß unter 3 und keiner über 5 Mitglieder gewählt worden.

22) Denn, wie die Motive (zum II. E. S. 310) bemerken: „die Mitgliedschaft in dem Ausschuß ist kein öffentliches Ehrenamt, für welches der Staat freiwillige Hingabe und persönliche Opfer zum allgemeinen Besten verlangen dürfte."

Prüfungstermin und also auch vor der Feststellung der Forderungen statt. Allein hier bedarf es nicht der analogen Anwendung des §. 87 Abs. 2; das Konkursgericht hat hier nicht zu entscheiden, ob und bis zu welchem Betrage dem einen oder anderen Gläubiger ein Stimmrecht bei der Wahl des definitiven Gläubigerausschusses zu gewähren ist, noch auch, ob die gewählte Person zu den „Gläubigern" gehört[23]). Wenn der gewählte Ausschuß etwa der Mehrheit einer späteren Gläubigerversammlung, welche aus geprüften Forderungen besteht, nicht genehm sein sollte, so hat es diese, gemäß §§. 84 und 85, jederzeit in der Hand, eine Neuwahl herbeizuführen.

Eine weitere Frage kann noch entstehen: wie es in den Fällen zu halten ist, wenn weder die vom Gericht in den provisorischen, noch die von der ersten Gläubigerversammlung in den definitiven Gläubigerausschuß gewählten Gläubiger oder sonstigen Personen diese Funktion annehmen, oder wenn sich hiezu nur ein Einziger derselben herbeiläßt? Ich glaube, daß in allen diesen Fällen der Gläubigerausschuß einfach fortzufallen hat, denn ein Zwang zur Annahme einer Stelle im Gläubigerausschusse findet, wie schon vorhin erwähnt, nicht statt, und es kann auch nicht angehen, daß eine einzige Person die Stelle eines Gläubigerausschusses vertritt; hiergegen würde schon der Wortlaut und landläufige Sinn des Ausdruckes „Ausschuß" sprechen. In solchen Fällen ist es eben wiederum Sache der Gläubiger oder eines oder einiger derselben, bei eintretendem Bedürfnisse eine wiederholte Gläubigerversammlung behufs Wiederholung der Wahl zu beantragen, und es ist selbstverständlich, daß in der Zwischenzeit der vom Konkursgerichte nach §. 102 der KO. bei der Eröffnung des Verfahrens von Amtswegen ernannte Konkursverwalter die Verwaltung der Masse selbständig fortzuführen hat.

Die Gläubiger werden indessen wohl vorsichtshalber von vorneherein sich vergewissern, ob die von ihnen in das Auge gefaßten Personen die Wahl annehmen. Ferner steht Nichts im Wege, die in der Wahlversammlung anwesenden Gewählten sofort zur Erklärung über Annahme oder Ablehnung aufzufordern und im Ablehnungsfalle andere Personen wählen zu lassen.

---

23) Letzteres schon deshalb nicht, weil es ja den Gläubigern freisteht, auch Nichtgläubiger in den Ausschuß zu wählen (vgl. unten lit. h). Für die im Texte über den ersten Punkt gegebene Ansicht spricht der Hinblick auf die Pr. KO., welche in §. 213 Abs. 2 zur Wahl alle Gläubiger laden läßt, „deren Forderungen angemeldet sind."

Endlich ergibt sich noch die Frage: können die Gläubiger auch Ersatzmänner wählen? Ich glaube, unzweifelhaft. In der Pr. KO. §. 213 Abs. 4 und ebenso in der B. PrO. war dies ausdrücklich vorgeschrieben; allein wohl nur deshalb, weil der Ausschuß der Zahl nach beschränkt war. Jetzt, wo die Gläubiger in der Zahl völlig frei sind, steht es ihnen sicher auch ohne eine spezielle gesetzliche Vorschrift zu, für den Fall Vorsorge zu treffen, daß ein oder das andere Mitglied des Ausschusses verhindert ist oder ausscheidet. Ich würde sogar das für erlaubt erachten, daß z. B. als regelmäßiger Ausschuß der A, der B und der C gewählt werden, daß aber beschlossen wird: im Falle des §. 121 Ziff. 2 oder des §. 122 Ziff. 1 hat sich der Ausschuß durch den D und E zu verstärken.

h. (oder andere Personen).

Also nicht blos wie bei dem provisorischen Ausschusse Vertreter von Gläubigern, sondern vollständig unbetheiligte Dritte. Der Gemeinschuldner ist vom Gesetze nicht als unwählbar bezeichnet; wenn ihn die Gläubiger daher wählen wollen, wird er auf Grund des §. 5 nicht ausgeschlossen werden können[24]). Daß die disciplinären Bestimmungen (z. B. in Betreff der Uebernahme solcher Stellungen durch aktive Staatsdiener u. s. w.) durch die KO. nicht aufgehoben sind, versteht sich von selbst. Der Konkursrichter selbst kann also natürlich nicht in den Ausschuß gewählt werden.

i. (gewählt werden).

Mit dieser Wahl ist der Ausschuß definitiv konstituirt. An sich, da eine solche Wahl eine „von der Gläubigerversammlung beschlossene Maßregel" bildet, würde der §. 91 der KO. anwendbar sein und auf Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers dem Richter ein Veto zustehen. Allein nach der Fassung des Gesetzes: „hat zu beschließen" und „sind zu wählen" muß angenommen werden, daß weder gegen den Beschluß, einen Ausschuß zu wählen, noch auch gegen die gewählten Personen selbst vom Richter ein Veto eingelegt werden kann[25]).

---

24) Vgl. oben S. 46. Hierin stimmen mir auch diejenigen zu, welche dem Gemeinschuldner die Wählbarkeit zum Konkursverwalter absprechen z. B. v. Wilmowski S. 326.

25) Dies wird in den Motiven S. 310 und 311 ausdrücklich anerkannt. Ebenso Fitting §. 31 Note 31; Petersen S. 329; Sarwey S. 572: v. Wilmowski S. 339.

§. 80.

Pflichten und Befugnisse des Ausschusses.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen[a]). Dieselben können[b]) sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters[c]) einsehen[d]) und den Bestand seiner Kasse untersuchen[e]).

Der Gläubigerausschuß ist berechtigt[f]), von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen. Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens ein Mal in jedem Monate[g]) durch ein Mitglied vornehmen zu lassen[h]).

I. E. §. 86 Abs. 1; II. E. §. 80; Pr. H. E. Art. 880; Pr. KO. §. 217; B. Pr. O. Art. 1283 u. 1285.

a. (überwachen).

Der vorstehende Paragraph behandelt die Funktion des Gläubigerausschusses im Allgemeinen. Oberster Grundsatz ist, daß der Ausschuß nicht über, sondern neben dem Verwalter stehen soll, daß er denselben nur einerseits zu unterstützen und andererseits zu kontroliren berufen ist. Auch von Seite des Ausschusses darf die dem Konkursverwalter nach §. 107 der KO. gewährte Selbständigkeit in der Verwaltung nicht geschmälert werden. Es hat daher der §. 80 die Befugnisse genau präcisirt, welche dem Gläubigerausschuß in Bezug auf die Geschäftsführung des Verwalters zustehen, und über diese darf, da dieselben als Ausnahmsbestimmungen zu betrachten sind, nicht weiter hinausgegangen werden, als dieses durch ausdrückliche Gesetzesvorschriften zugelassen ist. Solche besondere Bestimmungen sind: 1) daß die Schlußrechnung des Verwalters vor deren Hinterlegung bei Gericht mit den Bemerkungen des Gläubigerausschusses zu versehen ist (§. 78), 2) daß der Gläubigerausschuß über die Schließung oder Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten zu beschließen hat (§ 108 Abs. 2), 3) daß dem Gläubigerausschusse die Befugniß zusteht, die Entlassung des Verwalters zu beantragen (§. 76 Abs. 1), und 4) daß auf sein Verlangen eine Gläubigerversammlung berufen werden muß (§. 85); 5) er kann ferner die Errichtung eines Inventars nachlassen (§. 113 Abs. 2[1]) und 6) bewilligt die einstweilige

---

1) Das heißt mit Zustimmung des Gerichtes.

nothdürftige Alimentation des Gemeinschuldners und seiner Familie (§. 118 Abs. 1). Weitere Bestimmungen sind: 7) daß der Verwalter bei besonders wichtigen und ungewöhnlichen Dispositionen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat (§. 121 u. 122), 8) daß er zur Vornahme einer Vertheilung die Genehmigung des Ausschusses bedarf (§. 138); 9) daß der Ausschuß bei Abschlagszahlungen den zu zahlenden Prozentsatz bestimmt (§. 187), 10) daß derselbe vom Gemeinschuldner jederzeit und über alle Verhältnisse Aufschlüsse erholen kann (§. 92) und 11) daß in der Regel Quittungen und Anweisungen des Verwalters der Gegenzeichnung eines Ausschußmitgliedes bedürfen. Der Ausschuß tritt endlich 12) bei der Abschließung eines Zwangsvergleiches in Thätigkeit, er kann demselben unter Umständen sofort (§. 163) oder wegen materieller Gründe (§. 164) zurückweisen; er hat Einfluß auf die Verhandlung des Vorschlages (§. 167) und muß vor der Bestätigung gehört werden (§. 170[2]).

b. (können).

Der I. E. enthielt nur den ersten Satz, was wohl richtiger gewesen ist; denn die nun folgenden Detailbestimmungen stehen einigermaßen in Widerspruch mit späteren Vorschriften. Es ist dieser indessen nach meinem Dafürhalten so zu lösen, daß man annimmt, es solle in §. 80 Satz 2 u. 3 nur die Befugniß des Ausschusses in Abstrakto festgestellt werden. Jedenfalls aber muß insoferne der Paragraph restriktiv interpretirt werden, daß die Worte: „die Mitglieder des Ausschusses“ nicht wörtlich, sondern als identisch mit „der Ausschuß“ zu verstehen sind. Das heißt, es wird nicht jedem einzelnen Ausschußmitgliede die Befugniß einzuräumen sein, jederzeit nach seinem Belieben die Bücher und Schriften des Verwalters einzusehen und dessen Kasse zu revidiren. Eine solche Auslegung würde es schwer werden lassen, Konkursverwalter zu finden. Vielmehr muß zu diesen Handlungen stets ein Beschluß des Ausschusses

---

2) Die Frage, ob der Ausschuß als solcher ein Beschwerderecht hat, muß meines Erachtens bejaht werden. In manchen Fällen, wie z. B. bei Bestätigung eines Zwangsvergleiches gegen den Willen des Ausschusses, wenn nur den Gläubigern das Beschwerderecht ausdrücklich eingeräumt ist, könnte man dies dann bezweifeln, wenn (was gesetzlich zulässig wäre, aber freilich nicht wohl vorkommen wird) der Ausschuß nur aus Nichtgläubigern bestehen würde. Allein auch dann liegt in der Bestellung zum Ausschußmitgliede ein Mandat zur Wahrnehmung aller Rechte der Gläubiger im Konkursverfahren und daher würde auch in diesem Falle der Ausschuß zur Beschwerdeführung Namens der Gläubiger legitimirt erscheinen.

vorliegen, welcher dann allerdings zum Vollzuge des Beschlusses ein einzelnes Mitglied abordnen kann[3]).

c. (die Bücher und Schriften des Verwalters).

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß auch dieser Ausdruck eingeschränkt auszulegen ist. Keineswegs alle Bücher und Schriften des Verwalters darf der Ausschuß einsehen, sondern nur die auf die Verwaltung der Masse bezüglichen. Wenn Kaufmann A Verwalter im Konkurse des B ist, so kann natürlich der Gläubigerausschuß nicht die Geschäftsbücher über die Firma A untersuchen, und ebenso kann er sich nicht dessen gesammte Korrespondenz vorlegen lassen[4]).

d. (einsehen).

Wer von einer Urkunde Einsicht nehmen darf, kann sich auch eine Abschrift oder einen Auszug davon machen[5]). Demnach wird es den Ausschußmitgliedern auch frei stehen, sich aus den Büchern und Schriften über die Masseverwaltung Notizen zu machen.

e. (den Bestand seiner Kasse untersuchen).

Das heißt den Bestand der Verwaltungskasse. Daraus ergibt sich für den Verwalter die Pflicht, die Gelder der Masse nicht blos in der Buchführung, sondern auch räumlich in der kassenmäßigen Verwahrung getrennt zu halten[6]). Der Bestand der Kasse ließe sich z. B. nicht in

---

3) Ebenso Stieglitz S. 440; v. Wilmowski S. 327 und auch die Praxis hat sich dahin fixirt. A. A. Dernburg Bd. II §. 115 Anm. 32; Fitting §. 30 Note 15.

4) Selbst dann nicht (und deshalb ist der an sich selbstverständliche Satz oben aufgestellt), wenn die Einsichtnahme mit Bezug auf ein für die Masse gemachtes Geschäft verlangt würde. Z. B. A verkauft ein zu der Masse gehöriges Quantum Zuckerhüte, wie der Ausschuß glaubt, zu billig an C. Der Ausschuß hört nun, C habe den Zucker nachträglich an den A. selbst wieder abgegeben und hat daher ein Interesse, den von diesem bezahlten Preis zu erfahren. Dessenohngeachtet darf er die Geschäftsbücher der Firma A nicht einsehen wollen.

5) Dieser allgemeine Satz bezieht sich natürlich nur auf das Gebiet der Rechte; nicht als ob man Copieen von jedem Kunstwerke oder schriftstellerischen Werke machen dürfte, das Einem zum Sehen oder Lesen gegeben ist.

6) Deswegen kann natürlich hiezu immerhin derselbe feuerfeste Schrank benützt werden; aber die Gelder der Masse müssen von den übrigen Geldern geschieden sein. Es genügt, wenn dies sofort erkennbar ist, z. B. die Masse in bestimmten Fächern verwahrt wird. Wird das Geld der Masse deponirt, so muß es so deponirt werden, daß man es als dazu gehörig erkennt.

Ordnung untersuchen, wenn der Kaufmann A in den über die Masseverwaltung geführten Aufzeichnungen einen Baargeldbestand von 10,000 Mark nachwiese und dann seine eigene Geschäftskasse vorzeigte, in welcher 20,000 Mark liegen, mit dem Bemerken, daß hierunter die 10,000 Mark Massebestand begriffen seien.

Zum Bestand der „Kasse" im Sinne der obigen Bestimmung wird wohl auch der Bestand der Werthgegenstände überhaupt zu rechnen sein. Wenn also Kostbarkeiten oder auch Waarenvorräthe, Materialien zum Fabrikbetriebe u. dgl. in den Händen des Verwalters sich befinden, so kann der Ausschuß auch über ihr Vorhandensein und ihren Bestand sich durch Untersuchung Gewißheit verschaffen.

f. (ist berechtigt).

Doch wohl nur dann, wenn nicht bereits die Gläubigerversammlung nach §. 120 Abs. 2 der KO. die Weise und die Zeiträume der Berichterstattung bestimmt hat[7]). Ist dieses geschehen (z. B. es ist von der Gläubigerversammlung Berichterstattung am 1. jeden Monats beschlossen) und der Ausschuß erachtet es wegen eintretender Umstände für geboten, daß bereits am 15. Bericht erstattet werde, so kann er hiezu den Verwalter meines Erachtens ohngeachtet des allgemein lautenden Satzes des §. 80 Abs. 2 nicht zwingen; er muß vielmehr, wenn er die Berichterstattung will, die Einberufung einer Gläubigerversammlung beantragen und dieser die Sache zur Entscheidung vorlegen.

g. (einmal in jedem Monate).

Wenn aber die Gläubigerversammlung nach §. 120 der KO. dem Verwalter nur alle zwei Monate oder halbjährig Rechnungsstellung auferlegt? In diesem Falle wird sich die Untersuchung der Kasse auf die formale Visitation und Vergleichung des Bestandes mit dem Kassejournale zu beschränken haben. Es ergibt sich aber hieraus, daß der Verwalter jederzeit über die Kasse ein eigenes Vormerkungsbuch zu führen hat und sich nicht auf seine allgemeine Aufschreibung über die Verwaltung der Masse beschränken darf.

h. (vornehmen zu lassen).

Weigert sich der Verwalter, die ihm nach §. 80 von dem Ausschusse auferlegten Handlungen vorzunehmen, z. B. seine Kasse visitiren zu lassen, so ist mit Ordnungsstrafen gegen ihn vorzugehen und eventuell derselbe zu entlassen. Versäumen die Ausschußmitglieder die ihnen obliegenden

---

7) Allerdings decken sich die Ausdrücke nicht; in §. 80 heißt es: „Lage der Sache und Geschäftsführung", in §. 120 „Verwaltung und Verwerthung der Masse." Aber beides ist doch materiell dasselbe.

Pflichten, so haften sie für den dadurch entstehenden Schaden. Ein Zwang gegen dieselben wird Seitens des Gerichtes nicht stattfinden können. Eventuell würde Nichts erübrigen, als nach §. 84 der KO. die Entlassung zu bethätigen und hiezu etwa eine außerordentliche Gläubigerversammlung einzuberufen. Selbst vornehmen könnte der Richter eine Kassevisitation wohl nicht, aber eine provisorische Sperre wäre nicht undenkbar.

---

§. 81.

Vertretungspflicht.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

I. E. §. 86 Abs. 2; II. E. § 81; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. P. O. —

Die Vertretungspflicht der Mitglieder des Gläubigerausschusses ist vom Gesetze derjenigen des Konkursverwalters selbst gleichgestellt.

Das Nähere über diese letztere wurde bereits zu §. 74 erörtert. Hier ist nur noch beizufügen, daß die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses für die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters als solidarisch erachtet werden muß[1]), weil das Gegentheil dieser Sorgfalt entweder Arglist oder grobe oder leichte Fahrlässigkeit ist, alle diese drei aber sowohl nach Gemeinem Recht als auch nach allen Landrechten und Partikularrechten als Delikte gelten. Um diese Solidarität in Anspruch zu nehmen, ist es aber erforderlich, daß der Ausschuß als solcher gehandelt habe. Kann ein Mitglied des Gläubigerausschusses nachweisen, daß ihm an dem Vorfalle gar keine Schuld zur Last liegt, z. B. wegen Abwesenheit[2]) oder Krankheit zur kritischen Zeit, oder weil ihm von dem Vorhaben oder von der Vorbereitung der schädlichen Handlung oder Unterlassung des oder der anderen Mitglieder des Gläubigerauschusses nichts bekannt war, so fällt die solidarische Haftung des fraglichen Mitgliedes weg, weil in diesem Falle überhaupt kein Delikt seinerseits vorliegt.

Wie verhält es sich nun aber, wenn die Maßregel des Ausschusses,

---

1) Diese Haftung dauert natürlich auch hinsichtlich der aus dem Ausschusse austretenden Mitglieder für die vor ihrem Ausscheiden fallenden Handlungen fort.

2) In dem Abwesendsein kann indessen natürlicherweise selbst gerade eine Vernachlässigung der einem Ausschußmitglied obliegenden Pflicht liegen, in welchem Falle die Haftung selbstständig eintritt.

welche ihn in Haftung bringt, durch Mehrheitsbeschluß bethätigt worden ist, hinsichtlich der Vertretungspflicht der in der Minderheit gebliebenen Mitglieder? Ich bin der Ansicht: da es jedem Mitgliede freisteht, wenn er überstimmt wird und er die Folgen des Beschlusses nicht auf sich nehmen will, auszutreten, so unterwirft er sich, falls er dies nicht thut, stillschweigend der Ansicht der Mehrheit und nimmt damit die Folgen der wenn auch anfänglich ohne sein Zuthun beschlossenen Maßregel auf sich. Die Haftung ist also auch für die dissentirenden Mitglieder solidarisch und kann nicht durch bloßen Protest, sondern nur durch rechtzeitigen Austritt beseitigt werden[3]).

Wem gegenüber hat der Ausschuß eine Verantwortungspflicht? Nachdem derselbe nur Vertreter der einzelnen Gläubiger ist, nur diesen gegenüber. Insofern aber die Masse als solche für beschädigt zu erachten sein sollte, wird man dem Verwalter das Recht, die Haftung des Ausschusses geltend zu machen, nicht bestreiten können[4]). Der Gemeinschuldner kann die durch §. 81 der KO. statuirte Verantwortlichkeit nicht in Anspruch nehmen; denn zu ihm stehen die Mitglieder des Ausschusses in keinem Vertragsverhältniß[5]); ihm haften sie nur, wie jeder Dritte für etwa beschädigende Handlungen überhaupt einstehen muß.

---

§. 82.

Beschlußfassung im Ausschusse.

Ein Beschluß des Gläubigerausschusses[a]) ist gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlußfassung Theil genommen hat[b]), und der Beschluß mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen[c]) gefaßt ist[d]).

I. E. §. 87; II. E. §. 82; P. H. E. Art. 881 Abs. 2; P. KO. §. 218 Abs. 2; B. P. O. Art. 1284 Abs. 3—6.

a. (Ein Beschluß des Gläubigerausschusses).

I. Das Gesetz beschränkt sich darauf, die Bedingungen festzusetzen, von welchen die Gültigkeit der Beschlüsse des Gläubigerausschusses abhängen soll, ohne zu bestimmen, in welcher Weise der Ausschuß im

3) Dagegen will v. Wilmowski S. 328 nach dem Pr. LR. wenigstens die dissentirenden Mitglieder als von der Haftung befreit ansehen.

4) v. Wilmowski S. 328 gegen v. Sarwey S. 560.

5) Von meinem Standpunkte aus, bei der von mir vertretenen Personifizirung der „Masse", kann ich natürlich auch nicht eine negotiorum gestio des Ausschusses für den Gemeinschuldner (Fitting, §. 30 Note 4 a. E.; Stieglitz §. 81 Note a) annehmen.

Uebrigen seine Tätigkeit zu regeln hat. Es ist daher ihm überlassen, seine Geschäftsordnung sich selbst zu geben und im Einzelnen die Vorschriften zu entwerfen, nach denen er seine Berathungen vornehmen will. Der Ausschuß kann regelmäßige Zusammenkünfte verabreden oder auch ausmachen, durch wen und wie die Mitglieder zur Sitzung jedesmal zusammenberufen[1]) werden sollen. Es kann aber ebensowohl anstatt eines persönlichen Zusammentrittes und mündlicher Abstimmung vereinbart werden, daß die Vorschläge circuliren und jedes Mitglied schriftlich seine Abstimmung abgibt[2]).

Ebenso enthält das Gesetz keine Vorschrift, wie die vom Gläubigerausschuß gefaßten Beschlüsse zu beurkunden[3]) und dem Verwalter oder dem Gerichte mitzutheilen sind. Auch hierüber also hat der Ausschuß selbst zu bestimmen. Dabei versteht es sich von selbst, daß im Falle eine Rechtshandlung in Frage ist, deren Rechtswirksamkeit durch eine gesetzlich vorgeschriebene Form bedingt ist, diese Form auch in Betreff des zu beurkundenden Gläubigerausschuß-Beschlusses eingehalten werden muß. Wenn z. B. das Haus des Gemeinschuldners verkauft und im Grundbuche umgeschrieben werden soll, so muß der hiezu nöthige Ausschußbeschluß (§. 122 Ziff. 1 der KO.) allerdings (in Bayern) notariell verbrieft werden.[4])

Auch über die Leitung der Verhandlungen des Ausschusses, über etwaigen Vorsitz[5]) bei den Berathungen, über Zuziehung von Ersatzmännern[6]) und die Reihenfolge derselben entscheidet der Ausschuß selbst.

---

1) Dies kann durch Boten, Brief oder Korrespondenzkarte geschehen.

2) Es kann natürlich auch ausgemacht werden, daß diese letztere Form bei den sogenannten Kurrentien (weniger erhebliche, zum laufenden Geschäfte gehörige Sachen) gebraucht, wichtigere Fragen aber im persönlichen Zusammentritte entschieden werden sollen.

3) Im I. E. § 87 Abs. 3 war bestimmt, daß jeder Beschluß vom Gerichte oder von einem Notar beurkundet werden müsse.

4) Das heißt, es ist eben, wie z. B. der obervormundschaftliche Konsens, so die Zustimmung des Ausschusses zum Verkaufe der Kaufsurkunde einzuverleiben oder nachträglich derselben beizufügen.

5) Die Pr. KO. §. 218 und die Bayr. Pr.-O. Art. 1284 hatten den Vorsitz dem Konkursrichter übertragen; hiedurch aber wäre (nach Ansicht der Motive) die Selbständigkeit des Ausschusses gefährdet worden.

6) Soferne dieselben von der Gläubigerversammlung gewählt sind; selbst solche zu bestimmen, steht natürlich dem Ausschusse nicht zu. Dagegen wird es allerdings dem Ausschusse nicht verwehrt werden können, irgend welche Dritte behufs Information zu den Berathungen zu ziehen; nur haben diese keine beschließende Stimme.

II. Der vorerwähnte Inhalt des Gesetzes ist keineswegs nur reglementärer Natur; derselbe hat vielmehr eine wichtige materiellrechtliche Folge. Es ergibt sich nämlich aus dem oben Erörterten, daß die Gültigkeit dessen, was der Ausschuß an Rechtshandlungen vornimmt, dem Dritten gegenüber nur davon abhängt, ob die beschließenden Mitglieder die Mehrheit des Ausschusses gebildet haben und wie die Majorität der Stimmenden sich entschieden hat. Ein Anderes und Weiteres braucht also der Dritte weder zu ermitteln noch zu prüfen oder zu untersuchen. Dies ist besonders von Bedeutung für das Verhältniß des Dritten zu der Gläubigerversammlung. Es kann nämlich [7]) nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß die Gläubigerversammlung befugt erscheint, dem Ausschusse, welcher ihr Mandatar ist, Instruktionen über das im Konkursverfahren Vorzunehmende und Direktiven über die dem Verwalter und sonstigen Betheiligten gegenüber einzuhaltende Stellung zu ertheilen. Allein einem Dritten darf nicht auferlegt werden, zu prüfen, ob der von dem Gläubigerausschusse nach Maßgabe des §. 82 gültig gefaßte Beschluß sich mit den von der Gläubigerversammlung ertheilten Instruktionen in Uebereinstimmung befindet oder nicht. Die Gewähr für Beachtung derselben liegt nur in der persönlichen Verantwortlichkeit der Ausschußmitglieder; den Dritten gegenüber entscheidet dagegen das Mandatsverhältniß, auf welches hin er dem Ausschusse gegenüber tritt [8]).

b. (wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlußfassung Theil genommen hat).

Gesetzt, der Ausschuß besteht aus sieben Mitgliedern, so können sechs, fünf oder vier derselben noch einen gültigen Beschluß fassen. Haben nur drei mitgewirkt, so ist der Beschluß ungültig. Dieses „ungültig" ist aber

---

7) Nach den Motiven zum I. E. S. 21. Ebenso Fitting S. 257; Fuchs S. 90; v. Sarwey S. 562; Stieglitz S. 442; Wengler S. 455. Dagegen v. Wilmowski S. 329, welcher behauptet, der in den Motiven ausgesprochene Grundsatz habe im Gesetze keinen Ausdruck gefunden und würde die ganze Stellung des Ausschusses verrücken. Ich kann dies nicht finden; in das einzelne Detail sich einzumischen, wird ohnehin einer Gläubigerversammlung nicht einfallen, allein die Hauptinteressenten bleiben doch die sämmtlichen Inhaber des Konkursanspruches, deren eigentliches Organ die allgemeine Gläubigerversammlung ist, und dieser muß es doch freistehen, die Direktiven für die Geschäftsabwicklung selbst zu geben.

8) Die Motive des I. E., welchen diese Ausführung entnommen ist, verweisen als Analogon auf die rechtliche Unwirksamkeit kontraktlicher Beschränkungen der gesetzlichen Dispositionsbefugnisse eines Prokuristen und offenen Handelsgesellschafters.

nicht eine Nichtigkeit im eigentlichen Sinne; ich hätte kein Bedenken darüber, daß, wenn die Mitglieder A, B und C allein bei der Sitzung des Siebener-Ausschusses erschienen sind, und z. B. einstimmig beschlossen haben, es sei das auf die Villa des Gemeinschuldners in Starnberg gemachte Angebot von 40,000 Mark zu acceptiren, wenn dann der Verwalter, dem der Beschluß mitgetheilt wurde, noch die schriftliche Zustimmung des D zu diesem Verkaufe eingeholt hat, in solchem Falle der Beschluß vollkommen gültig ist [9]).

c. (mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen).

Diese ergibt sich leicht bei ungerader Zahl der Abstimmenden [10]) und mag hier, um jeden Zweifel auszuschließen, bemerkt werden, daß die rechtliche Wirksamkeit des Beschlusses dadurch nicht berührt wird, wenn die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen effektiv die Minderheit sämmtlicher Stimmen bildet. [11])

Es entsteht nun aber die Frage: was hat zu geschehen, wenn die Abstimmenden eine gerade Zahl bilden und die abgegebene Stimmenzahl auf beiden Seiten gleich ist, indem der Gesetzesparagraph für diesen Fall keine Bestimmung enthält und Niemand vorhanden ist, welchem in solchem Falle der Anspruch zugebilligt werden könnte, durch seine Stimme den Ausschlag zu geben? Letzteres Recht dem Konkursrichter einzuräumen, wie einzelne Gesetzgebungen, z. B. die Preußische KO. und die Bayerische PO. von 1869, thaten, erscheint als unverträglich mit der Selbstständigkeit des Gläubigerausschusses und mit dem Prinzipe der möglichsten Fernhaltung des Gerichtes von der Einmischung in die Verwaltung. Jedenfalls hätte eine solche wichtige Bestimmung im Gesetze ausgesprochen werden müssen und kann nicht surrogirt werden [12]). Aus dem letzteren Grunde kann es auch dem Konkursverwalter nicht zu-

---

9) Wäre die Ungültigkeit als Nichtigkeit anzusehen, so müßte die Abstimmung erneuert werden; denn dann hätte ja die erste Abstimmung gar keinen Beschluß geschaffen.

10) Das Wort „abgegebener" kam in Folge Antrages des Abg. v. Sarwey (K. Prt. S. 63) in das Gesetz.

11) Wenn also der Ausschuß aus 9 Personen besteht, bei der Berathung erscheinen hievon nur 5 und davon stimmen 3 für den Beschluß, so ist dieser gültig, obwohl er eigentlich nur den Willen eines Dritttheiles der Ausschußmitglieder zum Ausdrucke bringt. Dieses Beispiel wurde bei der Berathung von Abg. Schröder ausdrücklich erwähnt.

12) Die Motive zeigen, daß das Gesetz ebendeshalb die Bestimmung nicht aufnahm, weil es dieselbe nicht wollte.

gesprochen werden, denn dieser hat nicht mehr Befugnisse dem Ausschusse gegenüber, als ihm durch spezielle gesetzliche Bestimmungen eingeräumt sind, und die obige kann sich prinzipiell nicht darunter befinden, weil ja umgekehrt der Verwalter gemäß §. 80 der KO. unter der Ueberwachung des Gläubigerausschusses steht. Wenn nun aber der Ausschuß einen Vorsitzenden gewählt hat? An und für sich wird diesem die Entscheidung jedenfalls nicht zufallen; denn regelmäßig ist der Vorsitzende nur der Leiter der formalen Geschäfte. Wie aber, wenn der Ausschuß durch ausdrücklichem Beschluß dem Vorsitzenden das Recht der Entscheidung bei Stimmengleichheit einräumt? Ich glaube, in diesem Falle hätte der Ausschuß dem Vorsitzenden eine größere Befugniß ertheilt, als das Gesetz zuläßt. Denn die obige Vorschrift, es müsse absolute Majorität der abgegebenen Stimmen vorliegen, ist ohne Einschränkung hingestellt und kann daher auch durch den Willen der Ausschußmitglieder nicht geändert werden[13]).

Es wird daher im Falle der Stimmengleichheit vor Allem versucht werden müssen, in einer wiederholten Abstimmung bei vollzähligem Ausschusse ein Resultat zu erzielen. Gelingt dies nicht, so unterbleibt die vorgeschlagene Maßregel[14]). Liegt aber der Fall vor, daß es mit einem bloßen Unterlassen nicht gethan ist, oder will sich der Verwalter oder ein Ausschußmitglied bei dem negativen Resultate nicht beruhigen, so muß eben die Frage der Gläubigerversammlung vorgelegt werden[15]).

d. (g e f a ß t i s t).

Gegen den vom Gläubigerausschuß gefaßten Beschluß ist ein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne des Wortes nicht zulässig und ebensowenig möglich, wie solches gegen die Handlung eines gewöhnlichen Mandatars denkbar ist. Dieses ist zu erwähnen, weil es in Bayern bisher anders war; der Art. 1288 der Pr.-O. v. 1869 bestimmte:

> „Gegen nachtheilige Maßnahmen oder Unterlassungen des Gläubigerausschusses kann sowohl der Gantschuldner als jeder Gläubiger bei dem Kommissär Beschwerde führen.“

---

13) Sowenig als z. B. der Ausschuß beschließen könnte, es solle zur Gültigkeit eines Beschlusses genügen, wenn ein Dritttheil der Ausschußmitglieder an der Abstimmung Theil genommen habe.

14) Z. B. der Verwalter frägt an, ob das Geschäft des Gemeinschuldners geschlossen werden soll. Bei Stimmengleichheit im Ausschuß kann man nicht sagen, derselbe stimme zu; da aber ohne Zustimmung das Geschäft nicht geschlossen werden kann, so bleibt es eben offen.

15) Diese kann den Ausschuß vermehren oder anders zusammensetzen oder selbst beschließen, was zu geschehen hat.

Nach Vernehmung des Ausschusses entschied sodann das Gericht.

Diese Einrichtung würde der Natur des jetzigen Ausschusses und der Stellung des Richters im Konkurse widersprechen. Anderseits aber sind die Handlungen, welche dem Ausschusse nach der KO. obliegen, oft von so präjudizieller Bedeutung, daß es unter Umständen dem Gemeinschuldner[16]), dem Konkursverwalter und einzelnen dissentirenden Gläubigern nicht zugemuthet werden kann, sie ohne Weiteres hinzunehmen. In diesem Falle ist die Gläubigerversammlung das Organ, welches die endgültige Entscheidung zu geben hat. Der Verwalter kann eine Berufung derselben ohnehin veranlassen; einzelne (die Zahl von fünf nicht erreichende) Gläubiger oder der Gemeinschuldner müssen sich an den Konkursrichter wenden, und lehnt derselbe es ab, auf ihren Wunsch hin eine Gläubigerversammlung einzuberufen, so steht ihnen die Beschwerde gegen die Abweisung an das Landgericht unzweifelhaft offen. Eine materielle Entscheidung aber über den angeblich beschwerenden Inhalt des Beschlusses des Ausschusses steht dem Gerichte nicht zu.

---

§. 83.

Honorar der Ausschußmitglieder.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen[a]) und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung[b]). In Ermangelung einer Einigung mit der Gläubigerversammlung[c]) erfolgt die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung durch das Konkursgericht.

I. E. §. 89; II. E. §. 83; P. H. E. Art. 882 Abs. 2; Pr. KO. §. 219 Abs. 2. B. P. O. Art. 1282 Abs. 2.

a. (angemessener baarer Auslagen).

Die Grundsätze, welche oben bei §. 77 lit. b u. c erörtert wurden, sind auch hier maßgebend.

b. (Vergütung für ihre Geschäftsführung).

Die Mehrzahl der Gesetzgebungen, selbst die Pr. KO. §. 219 Abs. 2 und die B. Pr.-O. Art. 1282 Abs. 2, schließen jede Belohnung der

---

16) Nehmen wir nur z. B. die Frage, ob ein vortheilhaftes Angebot für ein Immobile angenommen, ob das Geschäft des Gemeinschuldners fortgesetzt werden soll. Von dem letzteren kann die ganze zukünftige Existenz des Schuldners nach Beendigung des Konkurses abhängen.

Mitglieder des Gläubigerausschusses aus. Auch im I. E. fehlte dieselbe[1]); bei den Kommissionsberathungen wurde über die Frage sehr gestritten und schließlich die zum Gesetze erhobene Fassung nur mit Stimmengleichheit angenommen[2]). Da die Debatten aber zumeist nur die legislative Zweckmäßigkeit des einen und des anderen Prinzipes zum Gegenstand hatten, kann ich dieselben im Allgemeinen übergehen[3]) und es genügt, nachstehende Punkte hervorzuheben, welche die Debatte klargestellt hat:

1) die Mitglieder des Gläubigerausschusses[4]) können sich zum Voraus eine Vergütung für ihre Mühewaltung ausbedingen;

2) aber auch wenn ein Honorar nicht verabredet worden war, können die Mitglieder ein solches bei Beendigung ihres Geschäftes[5]) verlangen;

3) es ist indessen auch zulässig, daß die Ausschußmitglieder auf Vergütung verzichten und das Mandat gratis übernehmen[6]);

4) nach welchem Maßstabe das Honorar sich zu richten habe, darüber entscheidet lediglich das freie Ermessen der Betheiligten, der Gläubiger einerseits und der Ausschußmitglieder anderseits. Es wird hiebei Alles auf die Größe der Masse, die Schwierigkeit der dem Ausschusse obliegenden Geschäfte und die von den einzelnen Mitgliedern aufzuwendende oder aufgewendete Zeit ankommen. Zugleich wird ein gewisses Verhältniß zu der dem Verwalter zugebilligten Vergütung nicht aus den Augen zu lassen sein.

c. (in Ermangelung einer Einigung mit der Gläubigerversammlung).

Hat die Gläubigerversammlung von vorneherein mit den Ausschußmitgliedern sich geeinigt, sowohl daß sie ein Honorar erhalten sollen, als

---

1) Die Vergütung wurde in der Vorkommission von einem „hochangesehenen Kaufmanne" durchgesetzt.

2) K. Prt. S. 64—68.

3) Zwischen der jetzt im Gesetze angenommenen unbedingten Freiheit und dem absoluten Verbote stand eine von Dr. Goldschmidt vertretene Mittelmeinung, daß die Mitglieder nur dann auf Honorar Anspruch haben sollten, wenn es vorher bedungen war.

4) Ich halte es nicht für nöthig, daß jedem Mitgliede dasselbe Honorar bedungen werde. Es läßt sich denken, daß es den Gläubigern von besonderem Werthe ist, gerade eine bestimmte Persönlichkeit wegen ihrer Sachkunde in den Ausschuß zu bekommen, und sie entschließen sich daher, ihm mehr als Anderen zu bewilligen.

5) Es wird nicht ausgeschlossen sein, daß bei länger andauernden Konkursen periodische Vergütungen, z. B. halbjährig oder am Jahresschluß, ausgemacht werden.

6) Aeußernug des Regierungsvertreters v. Hagens.

auch welches, so hat es dabei sein Bewenden. Ein Ermäßigungsrecht des Gerichtes [7]) besteht nach dem Gesetze nicht [8]). Ist lediglich verabredet, daß ein Honorar gezahlt werde, aber nicht, welches, so haben vorerst die Ausschußmitglieder über ihren Anspruch mit der Gläubigerversammlung zu verhandeln und nur, wenn eine Verständigung nicht erzielt wird, tritt das Konkursgericht ein. Der Fall endlich, daß auch die Verabredung darüber fehlt, daß ein Honorar zu zahlen sei, kann nicht als Streitfrage vor das Gericht kommen, denn hierüber hat bereits das Gesetz entschieden. Nur dann hätte auch hierüber der Konkursrichter [9]) zu sprechen, wenn etwa von Seite der Gläubigerversammlung behauptet würde, das den Anspruch erhebende Ausschußmitglied habe auf jedes Honorar verzichtet.

---

§. 84.

Widerruf der Bestellung.

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte [a]), die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses durch Beschluß [b]) der Gläubigerversammlung widerrufen werden [c]).

I. E. §. 88; II. E. §. 84; P. H. E. Art. 882; Pr. KO. §. 219 Abs. 1; B. P. O. Art. 1288 Abs. 1.

a. (kann von dem Gerichte).

Diese Gesetzesstelle darf nicht wörtlich genommen werden. Z. B. bei Eröffnung des Konkurses über Kaufmann A wird vom Konkursrichter aus den Gläubigern B, C u. D ein Ausschuß gebildet. Die erste Gläubiger-

---

7) Man hatte dies (Abg. v. Bahl) besonders durch die Nothwendigkeit des Schutzes der Minorität und auch des Gemeinschuldners gegen übermäßige Belastung der Masse zu begründen versucht und auf §. 77 hingewiesen, welcher für die Festsetzung des Honorars des Verwalters dasselbe bestimme.

8) Wie weit etwa noch §. 91 der KO. hier in Betracht komme, vgl. unten bei Erläuterung desselben.

9) Man könnte nämlich auch annehmen, da es sich hier um Auslegung eines Verzichtes handle, also um keine Konkurssache mehr, müsse dieser Streit an die ordentlichen Gerichte gehen. Allein §. 83 weist ganz allgemein die Festsetzung des Honorars in jedem Streitfalle an den Konkursrichter.

versammlung beschließt, es solle kein neuer Ausschuß gewählt werden, sondern die bisherigen Mitglieder verbleiben. Obwohl nun sowohl die Bestellung des B wie des C und des D zum Mitgliede des Gläubigerausschusses vom Richter erfolgt ist, kann doch von diesem nunmehr dieselbe nicht mehr widerrufen werden. Es bezieht sich also die in §. 84 (Satz 1) dem Gerichte gegebene Ermächtigung zum Widerrufe nur auf die Bestellung zum Mitgliede des provisorischen Ausschusses. Sobald der wenn auch vom Richter bestellte Ausschuß durch nachträgliche Billigung der Gläubigerversammlung zum definitiven geworden ist, fällt das Widerrufsrecht des Richters hinweg[1]).

b. (Beschluß).

Ein vorheriges Gehör des oder der Ausschußmitglieder, deren Bestellungen widerrufen werden sollen, ist nicht (wie bei dem Konkursverwalter nach §. 76 Abs. 2) erforderlich[2]), auch nicht die Angabe von Gründen, weshalb der Widerruf erfolgt. Man könnte — in Anbetracht, daß eine solche gezwungene Ausscheidung für die hievon Betroffenen sicherlich gerade keine Ehrenbezeigung ist, einwenden, es verstehe sich die vorherige Vernehmung der zu Beseitigenden von selbst, weil es allgemeine Rechtsregel sei, daß Niemand ohne Gehör aus einem bereits erworbenen Recht oder Vortheil oder Ehrenplatze verdrängt werden dürfe. Allein dieser Einwand ist nicht stichhaltig; denn dadurch, daß in §. 76 Abs. 2 bei der Entlassung des Verwalters das vorherige Gehör desselben ausdrücklich vorgeschrieben ist, bei dem Widerruf der Bestellung zum Gläubigerausschuß-Mitgliede aber nirgends, ist an die Stelle der vorhin erwähnten Rechtsregel diejenige getreten: exceptio firmat regulam[3]).

c. (widerrufen werden).

Dieser Widerruf muß mit absoluter Mehrheit der Stimmen erfolgen, während die Wahl nur relative Stimmenmajorität erfordert. (Vgl. §. 86 Abs. 2).

---

1) Ebenso v. Sarwey S. 564; v. Wilmowski S. 330.

2) Es ist eben nur „Mandats-Widerruf," nicht eine „Entlassung aus einem Amte."

3) Daß dies die Intention des Gesetzes ist, dafür spricht auch der Umstand, daß in den Motiven (zum II. E. S. 311) gesagt wird: „es würde kaum zweckdienlich sein, die Gläubiger einem Mitgliede ihres Ausschusses gegenüber auf die Formen eines Entlassungsverfahrens zu verweisen und dem Mitgliede den mit einer förmlichen Entlassung verbundenen Makel anzuheften."

Selbstverständlich kann, nachdem ein Zwang zur Annahme der Wahl in den Gläubigerausschuß nicht besteht, das vom Richter bestellte oder von der Versammlung gewählte Mitglied jederzeit seine Funktion niederlegen. Der Austretende haftet nicht weiter, als der Mandatar überhaupt wegen unzeitiger Mandatskündigung haftet[4]).

IV. Die Gläubigerversammlung.

§. 85.

Berufung.

Ueber die Berufung der Gläubigerversammlung [a]) beschließt das Gericht [b]). Die Berufung muß erfolgen [c]), wenn sie von dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichts den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen [d]), beantragt wird.

Die Berufung muß öffentlich bekannt gemacht werden [e]). Der öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn in einer Gläubigerversammlung eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird [f]).

I. E. §. 90; II. E. §. 85; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. P. O. —

a. (Gläubigerversammlung).

Im Gemeinrechtlichen Konkursprozesse kennt man die Versammlung sämmtlicher Gläubiger[1]) zwar auch zum Zwecke freiwilliger Vereinbarungen und zur Verständigung über gewisse einzelne Verwaltungshandlungen; allein die Institution, wie sie in den §§. 85—91 der KO. nunmehr vorliegt und entwickelt ist, — wonach die Gläubigerversammlung als das vierte (neben dem Richter, Verwalter und Ausschuß) im Konkursverfahren thätig werdende Organ aufgestellt wird, das so zu sagen als das oberste entscheidende erscheint und regelmäßige, sehr wichtige Funktionen beigelegt erhält, —

---

4) Es wird z. B. dies dann der Fall sein, wenn er durch seinen Austritt den Ausschuß beschlußunfähig macht und dadurch der Masse Schaden zugeht.

1) Indessen auch für diese Fälle und insbesondere beim Zwangsvergleich ist im Gemeinen Rechte keineswegs das persönliche Zusammentreten der Gläubiger nothwendig; man erhält deren Erklärungen schriftlich nach und nach.

diese Institution ist eine vollkommen neue und findet sich in dieser Art auch noch nicht in der Preußischen Konkursordnung [2]).

Fassen wir die Aufgabe der Gläubiger-Versammlung nach der neuen Konkursordnung zusammen, so stellt sich dieselbe als eine doppelte dar; sie hat hinsichtlich der Verwaltung der Konkursmasse die unmittelbaren Organe zu wählen und über einzelne prinzipielle Maßnahmen kraft gesetzlicher Anordnung zu beschließen, sie hat aber ferner als entscheidendes Organ in Mitte zu treten, wenn Betheiligte mit dem Vorgehen der für die unmittelbare Verwaltung gewählten Mandatare nicht einverstanden sind.

Die Aufgaben der Gläubigerversammlung sind im Einzelnen folgende:

1) Sie wird in dem Konkurseröffnungsbeschlusse (§. 102) berufen zur Wahl eines Verwalters (§. 72) und zur Bestellung des definitiven Gläubigerausschusses (§. 79 Abs. 2).

2) Am Ende des Verfahrens tritt sie nach §. 150 zusammen zur Abnahme der Schlußrechnung, zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß und zur Beschlußfassung der Gläubiger über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke (§. 78).

3) Falls ein Vergleichstermin (§. 166) ausgeschrieben wird, ist ihr die Entscheidung über den Akkord vorzulegen (§. 169). Ferner

4) ist ihr die Beschlußfassung anheimgegeben über eine dem Gemeinschuldner oder dessen Familie zu gewährende Unterstützung (§. 120).

5) Wenn kein Ausschuß bestellt ist, ist ihr die Entscheidung über die in §. 122 aufgeführten Verwaltungsmaßnahmen übertragen. Es ist

6) von ihr der Beschluß über das den Ausschußmitgliedern zu gewährende Honorar zu fassen (§. 83). Endlich tritt sie

7) zusammen, damit in ihr die den einzelnen Gläubigern zustehenden von Mehrheitsbeschlüssen unabhängigen Befugnisse im Prüfungstermine (§. 130 und 132) geltend gemacht werden.

Die Gläubigerversammlung hat sodann

8) das Recht, Aufschlüsse vom Gemeinschuldner zu verlangen (§. 92);

9) über die Form der Quittirung zu verfügen (§. 125) und über die Art der Hinterlegung von Werthgegenständen (§. 120 Abs. 1);

10) auf Entlassung des Verwalters und Enthebung von Ausschußmitgliedern Anträge zu stellen (§. 76 und 84) und

---

2) Es wäre höchst interessant, diese Institution mit den im Handelsgesetzbuche angestellten Normen der Aktiengesellschaften in eine juristische Vergleichung zu bringen und die legislativen Gesichtspunkte in beiden Materien zusammenzustellen. Hier ist dazu jedoch nicht der Ort.

11) anzuordnen, in welcher Weise und in welchen Zwischenräumen der Verwalter Rechnung zu legen und Bericht zu erstatten habe (§. 120 Abs. 2);

12) endlich hat die Gläubigerversammlung, falls der Gemeinschuldner ein Geschäft betreibt, über die Fortführung oder Schließung desselben zu entscheiden (§. 120 Abs. 1).

Insoweit nun die Gläubigerversammlung sich innerhalb dieser gesetzlichen Befugnisse bewegt, tritt sie allerdings als ein eigenes Organ im Konkursverfahren auf und repräsentirt so zu sagen die Gesammtgläubigerschaft, das corpus creditorum. Allein weiter bildet sie keine Körperschaft, außerhalb der Versammlung kann sie schon ihrem Begriffe nach[3]) nicht handeln, sie kann nicht als Gesammtheit auftreten[4]). Deshalb werden Prozesse, wenn sie auch in der Gläubigerversammlung beschlossen wurden (§. 121), doch nicht etwa von der Gläubigerversammlung auch geführt; deshalb kann die Gläubigerversammlung auch nicht als Beschwerdeführerin auftreten, selbst dann nicht, wenn die Beschwerde dagegen gerichtet wäre, daß der Richter auf Grund des §. 91 der KO. die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlusses untersagt oder unterläßt[5]). Auch in diesem Falle ist es vielmehr Sache der einzelnen Gläubiger selbst, jeder für sich oder mehrere als Streitgenossen (§. 56 ff. der Civ.-Pr.-O.), die Beschwerde zu erheben, und die Folge davon ist, daß

---

3) Denn eine „Versammlung" ist nur das physische Beisammensein, eine räumliche, aber keine rechtliche Gemeinschaft.

4) Vgl. hierüber die näheren Ausführungen in Abth. I S. 35 ff. Mit Recht bemerkt Fitting §. 31 Note 7, daß schon die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen den Begriff einer communio ausschließen, vgl. 128 D. com. divid. (10, 3).

5) Wäre es richtig, was Hullmann im Kommentar (S. 223) sagt, daß gegen derartige Beschlüsse nur die Versammlung selbst Beschwerde führen könne, so müßte, da diese Versammlung nicht von selbst zusammentreten kann, sondern vom Richter berufen werden muß, dieser erst nach §. 85 dazu veranlaßt werden, und dann selbst die Versammlung ausschreiben, damit sie sich gegen ihn beschweren könnte. Eine solche Versammlung würde aber wohl praktisch nicht leicht innerhalb der 14tägigen Nothfrist zu Stande kommen. Petersen (S. 323) nimmt an, daß die Gläubigerversammlung zwar als solche Beschwerde zu führen beschließen könne, aber die Führung derselben einem oder einzelnen Gläubigern auftragen müsse. Es ist dies an sich nicht zu beanstanden; aber es bleibt jedenfalls dann unzulässig, daß diese letzteren als Vertreter der „Gläubigerversammlung" auftreten, sie können immer nur in eigenem Namen handeln. Mit mir stimmt überein v. Wilmowski S. 332.

diese Beschwerdeführung auch nicht vom Beschluß der Gläubigerversammlung abhängt, und sogar gegen einen solchen Beschluß eintreten kann.

b. (beschließt das Gericht).

I. „Dieser „Beschluß" ist entweder blos formeller Natur oder er trägt zugleich eine materielle Entscheidung in sich. Ersteres tritt ein in denjenigen Fällen, in welchen die Gläubigerversammlung berufen werden muß[6]); denn in diesen ist der Beschluß nur die Form, in welcher die gesetzliche Vorschrift wirksam wird. Der Richter muß beschließen, daß die Versammlung zusammentrete, er kann nur darüber entscheiden, wann sie zusammentrete; es beschließt also das Gericht in diesen Fällen eigentlich nur über die Zeit, in welcher die schon vom Gesetze berufene Versammlung zusammenzutreten hat (soweit das Gesetz selbst nicht auch hiefür Termine bestimmt, z. B. §§. 102, 129, 150 und 166). In jenen Fällen aber, wo nicht schon das Gesetz die Berufung geboten hat, ist es Sache des Richters, zu beschließen, nicht blos wann und wo, sondern ob die Versammlung stattfindet, ob er den Zusammentritt für nöthig erachtet oder nicht. Hier enthält also der richterliche Beschluß zugleich eine materielle Entscheidung, und deshalb ist sofortige Beschwerde zum Obergerichte zulässig, welche auch im ersten Falle, sofern in der Wahl der Zeit eine Beschwerde liegt, nicht ausgeschlossen ist.

Die Beschwerde kann nicht nur in der Abweisung des Antrages liegen; denn wenn auch vielleicht wegen Berufung der Versammlung ein einzelner Gläubiger sich nicht beschweren kann, so muß es doch unter Umständen dem Verwalter oder dem Gläubigerausschusse freistehen, deshalb Beschwerde zu ergreifen, z. B. weil sie behaupten, es bedürfe zu der betreffenden Maßnahme überhaupt keiner Entscheidung der Gläubigerversammlung.

II. Eine Ausnahme von der gesetzlichen Vorschrift: „über die Berufung der Gläubigerversammlung beschließt das Gericht" findet auch nicht statt im Falle der Vertagung einer Versammlung. Enthält die Vertagung eine einfache Verschiebung (z. B. die auf den 6. Februar angesetzte Versammlung wird wegen plötzlicher Erkrankung des Verwalters auf den 16. März vertagt), so ist ohnehin klar, daß diese Verfügung nur vom Richter ausgehen kann und daß sie als eine neue Berufung anzusehen ist, für welche also Alles gelten muß, was überhaupt für die Berufung von Gläubigerversammlungen gilt[7]).

---

6) Vgl. hierüber lit. c.

7) Insbesondere also die öffentliche Bekanntmachung, vgl. unten lit. f und die Erl. zu §. 90.

Wird aber eine Vertagung nach bereits begonnener Abhaltung einer Versammlung nöthig (z. B. weil zur vollständigen Erledigung des Gegenstandes die Zeit nicht reicht und deshalb beschlossen wird, es solle am folgenden Tag weiter berathen werden), so muß diese Fortsetzung vom Richter verfügt werden.

Kommen endlich die Gläubiger am Schlusse einer Versammlung zu der Ansicht, daß ein abermaliger Zusammentritt nothwendig sei, so treten auch hiefür dieselben Voraussetzungen ein, wie für die Berufung der Gläubigerversammlung überhaupt[8]).

III. Ueber den Ort, an welchen die Gläubigerversammlung zu berufen ist, enthält das Gesetz keine Bestimmung. Bei der allgemein gehaltenen Fassung: „über die Berufung beschließt das Gericht" sehe ich kein Bedenken, dem Richter zu gestatten, die Gläubigerversammlung, wenn er es für zweckmäßig erachtet, auch an einen anderen Ort als den Amtssitz zu berufen. Setzen wir z. B. den Fall, der Verwalter und die meisten und bedeutendsten Gläubiger des Oekonomen A von X wohnen nicht in Wasserburg, wo der Konkurs geführt wird, sondern im Orte X selbst, und es ist zu erwarten, daß dieselben die Zeit zur Reise nach Wasserburg nicht verwenden wollen; hier wird der Konkursrichter sicherlich vom Gesetze nicht verhindert, die Gläubigerversammlung nach X auszuschreiben. Nur außerhalb seines Gerichtssprengels kann er sie nicht berufen, da ihm nur innerhalb desselben Jurisdiktion zusteht und die Abhaltung einer Versammlung ein Akt dieser Jurisdiktion ist[9]).

Als Lokal dient regelmäßig das Gerichtslokal; reicht dasselbe nicht, so kann der Richter ein anderes passendes bestimmen. Wirthslokalitäten soll er aus vielen Gründen möglichst vermeiden.

c. (muß erfolgen).

Die Berufung der Gläubigerversammlung muß erfolgen: 1) nach der Bestimmung des Gesetzes α) sofort bei Eröffnung des Konkurses (§ 102), β) zum Prüfungstermine (§. 126), ferner γ) wenn ein Akkord genehmigt werden soll (§. 166) und endlich δ) zur Abnahme der Schlußrechnung

---

8) Gehen demnach der Verwalter, der in der Versammlung anwesende Gläubigerausschuß oder fünf stark betheiligte Gläubiger den Richter darum an, so muß er eine neue Versammlung anberaumen; allein wenn er nicht will, ist er nicht gebunden, dies sofort zu thun.

9) Ob dies im Wege der Requisition geschehen könne, ist mir zweifelhaft; die Erwägung, daß die „Verhandlung" einer Sache als solche doch wohl nur vor und daher auch von dem zuständigen Richter geschehen muß, spricht gegen die Abhaltung einer Gläubigerversammlung mittelst Ersuchschreibens.

(§. 150); sodann 2) auf Verlangen des Verwalters, des Ausschusses[10]) und unter Umständen auch auf Begehren von Konkursgläubigern, wenn diese (vgl. lit. d) besonders stark betheiligt erscheinen.

Aber der Richter kann die Gläubigerversammlung auch berufen, 1) wenn er deren Ansichten hören oder ihr eine Maßregel vorschlagen will und 2) wenn Konkursgläubiger, welche das in §. 85 bezeichnete Fünftheil der Schuldenmasse nicht repräsentiren, darauf antragen und der Richter ihr Begehren für billig erachtet[11]).

Es ließe sich nun noch fragen: wie verhält sich die Befugniß des Richters, die Berufung der Gläubigerversammlung zu beschließen, in den Fällen, in welchen zwar nicht, wie nach §. 102, 150 u. 166 der KO., diese Berufung ein für allemal gesetzlich geboten ist, in welchen aber vorschriftsgemäß die Gläubigerversammlung entweder gehört werden oder sogar ihre Entscheidung abgeben soll. Ist hier der Richter frei, ob er die Berufung beschließen wolle oder nicht? Offenbar das Letztere. Wenn also[12]) z. B. der Verwalter anzeigt, es liege auf die Fabrik des Gemeinschuldners ein gutes Angebot vor, und er habe die Ansicht, dieselbe sei zu veräußern, so steht es nicht mehr im freien Belieben des Richters, ob er eine Gläubigerversammlung berufen will oder nicht, sondern er muß dieselbe (auch ohne speziellen Antrag des Verwalters) einrufen. Indessen ist anzunehmen, daß wohl in allen derartigen Fällen wegen der betreffenden Maßregel schon von Seite des Verwalters die Entscheidung der Gläubigerversammlung provozirt und deshalb deren Einberufung förmlich beantragt werden wird.

d. (oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichtes den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen).

Vor Allem ist zu bemerken, daß natürlich das: „oder" auch zu den vorhergehenden Worten gezogen werden muß; die Berufung muß also

---

10) Hiezu muß ein Beschluß vorliegen vgl. §. 82 oben.

11) Ich halte es für eine der schwersten Aufgaben des Konkursrichters, hier die richtige Mitte zu finden: einestheils die Gläubigerversammlung durch zu häufige Einberufung nicht zu ermüden, anderntheils durch Versagung der Wünsche des Einzelnen diesem nicht das Gefühl des Bedrücktwerdens allzusehr zu erregen. Im Allgemeinen wird man indessen wohl dahin argumentiren dürfen: wenn Jemand für seine Wünsche nicht einmal fünf erhebliche Gläubiger zu interessiren vermag, müssen diese Wünsche nicht so sehr wichtig sein.

12) In einem Konkurse, in welchem kein Gläubigerausschuß bestellt ist, vergl. §. 122 der KO.

erfolgen, wenn sie vom Verwalter allein beantragt wird; sie muß erfolgen, wenn sie vom Gläubigerausschuß allein beantragt wird, und muß erfolgen, wenn sie von fünf das Fünftel bildenden Konkursgläubigern allein beantragt wird.

Die Qualifikation der zum Antrage berechtigten Gläubiger ist eine doppelte: eine numerische und eine materielle. Z. B. wenn der Betrag der bekannten Forderungen 50,000 Mk. wäre, von denen auf A 25,000 Mk. und auf B 20,000 Mk. träfen, so können alle übrigen Gläubiger zusammen, und wenn sie zwanzig Personen sind, die Berufung nicht erzwingen, denn sie haben nicht die materielle Qualifikation hiezu, — wegen ungenügender Stärke ihres Anspruchs. Es kann sie aber auch weder A, obwohl seine Forderung nicht blos ein Fünftel, sondern die Hälfte der Schuldenmasse ausmacht, noch B, noch auch A und B miteinander, deren Forderungen zusammen über vier Fünftel betragen, gesetzlich erzwingen, denn sie sind numerisch zu schwach[13]). Es muß also sowohl auf die Personenzahl als auf den Forderungsbetrag gesehen werden; erstere muß die Zahl fünf, letzterer den fünften Theil des Gesammtanspruches erreichen. Die Bestimmung der letzteren Qualifikation aber unterliegt der freien Schätzung des Gerichtes, und zwar [soferne die Forderung nicht schon feststeht][14]) nach beiden Richtungen. Sowohl die Gesammtsumme hat das Gericht approximativ zu normiren[15]) als auch den Forderungsbetrag des einzelnen beantragenden Gläubigers, erstere immer, letztere nur im Zweifelfalle. Ist gegen diese Schätzung eine Beschwerde zulässig? Ich glaube, weder von Seite derjenigen Gläubiger, welche sich zu gering geschätzt finden[16]), noch von Seite anderer Gläubiger und des Verwalters oder Ausschusses, welche die Schätzung zu hoch gegriffen erachten. Denn meines Erachtens ist hier die Vorschrift der §§. 87 Abs. 3 und 88 Abs. 2 analog anzuwenden, wonach eine Anfechtung der vom Richter über den muthmaßlichen Betrag der Forderungen getroffenen Entscheidung ausge-

---

13) Der Richter wird freilich in solchen Fällen auf den Antrag solch starkbetheiligter Gläubiger freiwillig eingehen.

14) Denn dies ist eben der Begriff: „Schätzung" im Gegenhalte zur „Ermittlung" eines Betrages.

15) Nämlich nach §. 87 Abs. 1 der KO.

16) Z. B. die Gläubiger A, B, C, D u. E behaupten, die Masse der Schulden betrage 20,000 Mark und jeder von ihnen habe 1000 Mark zu fordern. Der Richter schätzt aber entweder die Masse auf 30,000 Mark oder die Forderung des A und des B auf nur je 400 Mark. Durch beide Schätzungen ist die Betheiligung der Antragsteller als zu gering erklärt.

schlossen ist, da das in §. 85 Abs. 1 behandelte Recht, auf Berufung der Gläubigerversammlung anzutragen, seiner Natur nach nur als eine antizipirte „Stimmberechtigung" sich darstellt, und was von letzterer gilt, um so mehr vom ersteren gelten muß [17]).

e. (bekannt gemacht werden).

Hinsichtlich der Art der Bekanntmachung und hinsichtlich des Zeitpunktes, von welchem an dieselbe als bewirkt gilt, kommen die Vorschriften des §. 68 in Anwendung. Die Einrückung in die Blätter ist im Allgemeinen dem Richter überlassen. Nur hinsichtlich derjenigen Gläubigerversammlung, welche gleichzeitig mit der Eröffnung des Konkursverfahrens nach §. 102 der KO. einberufen wird, muß auch im Reichsanzeiger eine Veröffentlichung erfolgen. Für die übrigen Fälle der Einberufung ist dieses Blatt zwar zulässig, aber nicht obligatorisch, weil nur in dem einen Falle die Einrückung in den Reichsanzeiger direkt vorgeschrieben ist und zu einer analogen Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Berufung anderer Gläubigerversammlungen eine hinreichende ratio legis fehlt, endlich auch die praktische Durchführung an der großen Belastung und Ausdehnung des letzteren Blattes scheitern müßte, welche eintreten würde, wenn in demselben jede Gläubigerversammlung im ganzen Reich ausgeschrieben werden sollte.

Das Gesetz erwähnt hier nur die öffentliche Bekanntmachung, dagegen verfügt §. 103 Abs. 3 eine besondere Zustellung.

Es ließe sich nun fragen, ob nicht etwa diese spezielle Ladung der bekannten Gläubiger nicht blos bezüglich der ersten Gläubigerversammlung, welche gemäß §. 102 gleichzeitig mit der Bekanntmachung der Eröffnung des Konkursverfahrens einberufen wird, sondern auch bezüglich aller anderen Gläubigerversammlungen vorgeschrieben ist, welche später, gemäß §. 85, auf Antrag des Verwalters oder des Gläubigerausschusses oder auf Antrag von mindestens fünf starkbetheiligten Konkursgläubigern erfolgt. Man könnte hiefür anführen, daß der Abs. 3 des §. 103 keine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Gläubigerversammlungen aufstellt, ferner, daß der Grund und Zweck des Gesetzes, nämlich daß die Gläubiger wissen sollen, um was es sich bei der Gläubigerversammlung handeln wird, in beiden Fällen gleich ist, und endlich, daß nicht allen einzelnen Gläubigern zugemuthet werden könne, alle in den

17) Ebenso Fitting §. 31 Note 11; Stieglitz S. 445; Wengler S. 462; v. Wilmowski S. 332. Entgegengesetzter Ansicht v. Sarwey S. 565 Nr. 2, „weil die Ausschließung der Beschwerde nach § 87 u. 88 als singuläre Vorschrift strikte zu interpretiren sei."

Zeitungen stehenden Ausschreibungen von Gläubigerversammlungen zu lesen, zumal sich unter den Gläubigern oft solche befinden, welche weit entfernt wohnen oder welchen durch andere Verhältnisse die Kenntnißnahme von den öffentlichen Bekanntmachungen erschwert und oft unmöglich gemacht ist.

Indessen sind diese Gründe keineswegs überwiegend; es kann nicht bezweifelt werden, daß eine besondere Zustellung nur bezüglich der Bekanntmachung der ersten Gläubigerversammlung nothwendig ist. Dies ergibt sich vor Allem daraus, daß der §. 103 sich unmittelbar an die vorausgehende Vorschrift bezüglich dieser Bekanntmachung anschließt und in seinem ersten Absatze noch speziell einige Beisätze enthält, welche sich nur auf die mit der Bekanntmachung des Konkurseröffnungs-Beschlusses zu verbindenden Maßregeln beziehen, daher auch nur für diese erste Bekanntmachung gelten können. Eine analoge Ausdehnung aber auf die anderen Bekanntmachungen von Gläubigerversammlungen kann nicht Platz greifen, weil bei den letzteren die Rücksicht auf Gleichheit des Gesetzesgrundes durch die immerhin wichtigere Rücksicht auf möglichste Verminderung der Kosten und Weitläufigkeiten im Konkursverfahren aufgewogen wird.

f. (eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird).

Diese Bestimmung ist nicht wörtlich zu nehmen. Setzen wir den Fall, in einer Gläubigerversammlung geht es so stürmisch zu, daß sich der Richter genöthigt sieht, die Verhandlungen zu vertagen, und zwar gelingt es bei der Erregung der Versammelten nicht, über den Wiederzusammentritt sich zu verständigen. Hier ist zwar auch die Voraussetzung des §. 85 Abs. 2 letzter Satz gegeben, allein natürlich muß doch die neue Gläubigerversammlung durch eine öffentliche Bekanntmachung berufen werden. Die fragliche Gesetzesbestimmung findet also nur dann Anwendung, wenn nicht lediglich die Vertagung erfolgt, sondern mit derselben, in der Versammlung selbst, gleichzeitig ein neuer Termin angesetzt wird [18]).

Die besondere Ladung neben der öffentlichen Bekanntmachung ist nur in §. 103 vorgeschrieben und daher im Allgemeinen auch im Falle der Vertagung nicht nöthig, da ja die hiebei bethätigte mündliche Verkündung des neuen Termines die öffentliche Bekanntmachung ersetzt. Wenn nun aber die erste Gläubigerversammlung, also jene, zu welcher nach §. 103 Abs. 3 die spezielle Ladung stattfinden muß, vertagt wird [19]),

---

18) K. Prt. S 68.

19) Ich bemerke hiebei, daß im Falle einer solchen Vertagung vor Beendigung der auf der Tagesordnung stehenden Punkte die folgende Versammlung

bevor die nach §. 102 darin zu erledigenden Punkte verhandelt sind, was dann? Wenn also z. B. das Amtsgericht München über Kaufmann A den Konkurs beschließt und auf 1. Mai Termin zur Wahl eines Verwalters und Bestellung des Gläubigerausschusses ausschreibt, so muß hievon der Fabrikant B in Augsburg, welcher dem Münchner Gerichte dadurch bekannt ist, daß er es war, welcher den Konkurs beantragte, durch besondere Zustellung in Kenntniß gesetzt werden. Bei der Gläubigerversammlung am 1. Mai einigen sich die erschienenen Gläubiger, zu denen aber Fabrikant B nicht gehört, erst nach langen Debatten über die Person des Verwalters; es ist spät geworden und der Richter vertagt die Versammlung behufs Bestellung des Ausschusses auf den 6. Mai. Muß nun dieser neue Termin dem Fabrikanten B besonders eröffnet werden? Man könnte versucht sein, die Frage zu bejahen, davon ausgehend, das Gesetz habe gewollt, daß zu den in §. 102 aufgeführten Verhandlungen, weil sie von besonderer Wichtigkeit sind, die bekannten Gläubiger speziell geladen werden, und daß, nachdem die Ladung zum 1. Mai nunmehr nicht als Ladung zur Bestellung des Ausschusses sich darstellt — denn dieser ist ja am 1. Mai nicht Gegenstand der Berathung in der Gläubigerversammlung gewesen —, Fabrikant B effektiv zu diesem Akte nicht geladen erscheint, sonach der Wille des Gesetzes vereitelt sei. Allein hiegegen spricht abgesehen von der strikten Fassung des §. 103 Abs. 2 (vgl. oben lit. e) der Umstand, daß B lediglich selbst schuld ist, wenn er den neuen Termin nicht kennt, weil er — obwohl zur ersten Versammlung geladen — dennoch bei dieser weder selbst noch durch einen Vertreter anwesend war. Ich erachte demnach eine Wiederholung der speziellen Ladung selbst dann nicht für geboten, wenn die erste Gläubigerversammlung vor Erschöpfung ihrer Tagesordnung vertagt wird [20]).

---

nur als Fortsetzung der ersten erscheint. Wenn daher z. B. in der ersten Versammlung die Zeit nicht reicht, die Wahl des Verwalters zu Stande zu bringen, und es wird diese Handlung auf die nächste Versammlung vertagt, so steht die oben bei §. 72 lit. a. II (S. 59) gegebene Ausführung, daß die Gläubiger in einer späteren als der auf die Ernennung des Verwalters nächstfolgenden Gläubigerversammlung keine Neuwahl des Verwalters mehr vornehmen können, nicht in Frage. Denn diese vertagte Versammlung ist nur der zweite Theil der ersten, also keine „spätere" im Sinne des Gesetzes.

20) Sollte das Erscheinen eines oder des anderen Gläubigers dem Richter besonders werthvoll erscheinen, kann er immerhin durch den Konkursverwalter denselben zum Besuche der Versammlung auffordern lassen.

§. 86.

Gerichtliche Leitung.

Die Gläubigerversammlung findet unter Leitung des Gerichts[a]) statt.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit[b]) der Stimmen[c]) gefaßt. Für die Wahl[d]) der Mitglieder des Gläubigerausschusses genügt relative Mehrheit[e]) der Stimmen.

Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen[f]). Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger[g]).

I. E. §. 90 Abs. 1; II. E. §. 86; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. P. O. Art. 1281 Abs. 1.

a. (Leitung des Gerichtes).

I. Worin besteht die Leitung des Gerichtes? Vor Allem in der Aufrechthaltung der nöthigen Disciplin, in welcher Beziehung die §§. 177 ff. des Gerichtsverfassungsgesetzes analoge Anwendung finden[1]). Der Richter kann daher Gläubiger, welche sich ungebührlich betragen, ebenso den Gemeinschuldner und den Verwalter[2]), wenn sie dies thun, aus dem Berathungslokale entfernen und allenfalls bis zu 24 Stunden einsperren lassen; ebenso gröbere Ungebühr mit Geldstrafe bis zu 100 Mark oder dreitägiger Haft beahnden. Der Richter hat ferner die Berathung zu dirigiren, zuvörderst den Gegenstand zu bezeichnen, über welchen verhandelt werden soll, und sodann die Besprechung zu überwachen[3]); er ertheilt

---

1) Der Einwand, daß eine Gläubigerversammlung keine Gerichtssitzung sei, widerlegt sich durch den Hinweis auf §. 182 des GVG., wonach diese Befugnisse dem einzelnen Richter auch bei der Vornahme von Amtshandlungen außerhalb der Sitzung zustehen. Eine „Amtshandlung" ist aber die Abhaltung der Gläubigerversammlung jedenfalls, wenn auch §. 90 des I. E., welcher bestimmte: „die Gläubigerversammlung findet in öffentlicher Sitzung statt" gefallen ist.

2) Es liegt darin kein Widerspruch mit dem oben zu §. 76 lit. b Erörterten; denn die hier gegen den Verwalter verhängte Haft trifft ihn nicht als „Verwalter", sondern als ungezogenen Menschen.

3) Im Allgemeinen wird der §. 186 des GVG., wonach die Sprache, in welcher verhandelt werden soll, die deutsche ist, gleichfalls analoge Anwendung finden; auch erforderlichen Falls die in §. 187, 191 ff. enthaltene Vorschrift bezüglich der Beiziehung und Beeidigung eines Dolmetschers.

das Wort und kann es demjenigen, welcher dasselbe mißbraucht, entziehen; er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde; er schließt die Berathung, wenn er den Gegenstand für reif zur Beschlußfassung erachtet. [Alles dieses in analoger Anwendung des §. 127 der Civ.-Pr.-O.] [4]). Endlich hat der Richter die Abstimmung vorzunehmen, verkündet den gefaßten Beschluß und bewirkt die Beurkundung des Resultates der Versammlung.

A. Die Abstimmung kann von dem Richter, nachdem hierüber das Gesetz nicht verfügt, sowohl durch bloßes Aufstehen und Sitzenbleiben, als durch mündliches „Ja" und „Nein", oder mittelst schriftlicher Stimmzettel bewerkstelligt werden. Beim Aufrufe der Gläubiger, beim Einsammeln der Stimmzettel und dergleichen kann er sich unzweifelhaft der Hilfe des Gerichtsschreibers oder eines Boten bedienen [5]).

B. In der Verkündung des Beschlusses liegt nicht nur die Befugniß, denselben zu formuliren, sondern insbesondere die wichtige Entscheidung über das Vorhandensein der gesetzlichen Mehrheit. Daß hierüber Beschwerde zulässig ist, bedarf keiner näheren Erörterung.

C. Eine förmliche detaillirte Aufzeichnung über den Gang und den Inhalt der Berathung zu führen, ist im Gesetze nirgends verordnet, praktisch auch wohl unnöthig. Dagegen wird über das Statthaben der Versammlung allerdings eine kurze Urkunde aufzunehmen sein; nämlich ein Protokoll mit dem Inhalte, wie er in §. 145 der Civ.-Pr.-O. [6]) vorgezeichnet ist. In diesem Protokolle oder in Schriftstücken, welche

---

Doch wird der Richter, wenn es sich z. B. um Vorträge französischer, englischer oder italienischer Gläubiger handelt (in den Grenzdistrikten etwa auch holländischer, dänischer und russischer) und anzunehmen ist, daß die übrigen Versammelten der Sprache gleichfalls genügend mächtig sind, den Dolmetscher bei Seite lassen können. Da die deutschen Dialekte zur deutschen Sprache gehören, wird der Richter in Gegenden, wo plattdeutsch gesprochen wird, den Gläubigern nicht verwehren können, sich dieser Mundart zu bedienen.

4) Dieser § 127 enthält nur statt des Wortes „Berathung" das Wort „Verhandlung."

5) Aus dem GVG. §. 184 ff. läßt sich für diese Art der Abstimmung Nichts folgern.

6) Hienach wäre zu konstatiren:

1) Ort und Tag der Verhandlung;
2) Name des Richters und Gerichtsschreibers;
3) Bezeichnung des Konkurses, in welchem die Versammlung stattfindet;
4) die Namen der erschienenen Gläubiger oder ihrer Vertreter.

demselben beigeheftet werden, sind die Beschlüsse der Versammlung zu konstatiren und ihrem Inhalte nach zu beurkunden [7]). Ferner wird in analoger Anwendung des §. 146 der Civ.-Pr.-O. etwa dissentirenden Gläubigern nicht verwehrt sein können, ihre Anträge und Erklärungen gleichfalls in dem Protokolle konstatiren zu lassen.

Auch dem Gemeinschuldner wird man diese Befugniß nicht versagen dürfen, weil er möglicherweise eine Beschwerde oder sonstige Rechte darauf gründen kann.

II. Bei der Berathung der KO. (K. Prt. S. 68) wurde gefragt, ob die Verhandlung der Gläubigerversammlung öffentlich sein solle oder nicht, worauf der Regierungsvertreter bemerkte: „nachdem die KO. weder ein erkennendes Gericht sei, noch Verhandlungen, die mit einem förmlichen Urtheile abschließen, im Verfahren mehr kenne, lasse sich §. 134 des GVG., welcher bestimme, daß die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte in öffentlicher Sitzung erfolgen müsse, nicht anwenden. Von einer Oeffentlichkeit könne daher nur soweit die Rede sein, als jeder Gläubiger, jeder Interessent Zutritt haben müsse. Dem allgemeinen Publikum aber sei ein Recht des Zutrittes nicht gegeben.“ Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Vorschrift eigentlich der gesetzlichen Sanktion bedurft hätte; denn das ist doch sehr fraglich, ob §. 134 des GVG. nicht wenigstens analog anzuwenden sei und ob es angehe, aus einer in dem Gerichtslokale stattfindenden Verhandlung das Publikum anders auszuschließen, als nach Maßgabe der §. 171—173 des GVG. Indessen nachdem 1) der II. E. den Eingang des §. 90 [I. E.] [8]) nicht aufnahm und hiefür doch wohl eine bestimmte Absicht gehabt haben muß, 2) die Ansicht des Regierungsvertreters unwidersprochen blieb und also von der Kommission gebilligt erscheint, glaube ich, daß die Gläubigerversammlungen nicht öffentlich sein müssen.

Eine Nichtigkeit involvirt es aber jedenfalls nicht, falls Publikum der Berathung beiwohnt, und wird es dem Richter freistehen, auch Nichtbetheiligten Zutritt zu verstatten [9]).

---

7) Entscheidungsgründe sind natürlich nicht nothwendig.

8) Der I. E. hatte den §. 90 so gefaßt: „Die Gläubigerversammlung findet in öffentlicher Gerichtssitzung statt.“

9) Die Betheiligten können, falls sie die Anwesenheit Unbetheiligter bemerken, zwar deren Ausweisung beantragen. Wenn aber der Richter diesem Antrage nicht nachkommt, so können die betreffenden Gläubiger deshalb die Resultate der Verhandlung später nicht beanstanden. Erklären sie unter Anwesenheit Fremder an der Berathung nicht Antheil nehmen zu wollen und verlassen die Versammlung, so findet §. 89 der KO. auf sie Anwendung.

III. Der Gesetzestext enthält keine Bestimmung darüber, wie es hinsichtlich der gefaßten Beschlüsse zu halten ist, wenn die Gläubigerversammlung ohne Leitung des Gerichtes stattgefunden hat, z. B. in Folge Einberufung von Seite des Konkursverwalters oder des Gläubigerausschusses oder selbst ohne Betheiligung dieser beiden nur auf Veranlassung eines oder mehrerer Gläubiger oder aus freiwilligem Entschlusse der Gläubiger unter sich selbst, also gleichsam eine Privatversammlung. Es entsteht daher die Frage, ob die in einer solchen Versammlung gefaßten Beschlüsse gültig sind, und in wie weit? Für die Gültigkeit könnte man die Erwägung anführen, daß es den Gläubigern vermöge ihres freien Verfügungsrechtes über ihre Forderungen und sonstigen Ansprüche im Konkurse nicht wohl verwehrt werden könne, Beschlüsse, welche das gemeinsame Interesse betreffen, unter sich selbst abzufassen, und daß die im §. 86 Abs. 1 vorgeschriebene Leitung des Gerichtes sich nur auf solche Gläubigerversammlungen beziehe, welche in den vom Gesetze vorgeschriebenen Fällen von Amtswegen berufen werden. Es ist indessen unzweifelhaft, daß eine Versammlung der Gläubiger, welche nicht unter der Leitung des Gerichtes stattgefunden hat, oder gar nicht einmal vom Gerichte berufen wurde, überhaupt nicht als „Gläubigerversammlung" im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist, wie denn auch die Motive (II. E. S. 314) bemerken, eine solche Versammlung könne für ihre Verhandlungen keinerlei rechtliche Wirkungen beanspruchen.

b. (absolute Mehrheit).

Die absolute Mehrheit ist eine Stimme über die Hälfte; dies modifizirt sich wegen der in Abs. 3 des §. 86 vorgeschriebenen Berechnung der Stimmen nach den Forderungsbeträgen. Die absolute Mehrheit ist hienach dann vorhanden, wenn die für einen Antrag stimmenden Gläubiger mindestens um „einen Pfennig" mehr an den Schuldner zu fordern haben, als die gegen den Antrag stimmenden Gläubiger. In diesem Falle ist der Antrag angenommen; übersteigen dagegen die Forderungen der mit „nein" stimmenden Gläubiger die Forderungen der mit „ja" stimmenden auch nur um einen „Pfennig", so ist der Antrag verworfen[10]).

Es kommt nun noch in Frage, ob nicht auch der §. 198 Abs. 2 des GVG.[11]) analoge Anwendung zu finden habe? Mir scheint, unbedenklich

---

10) Zur Annahme des Akkordes bedarf es nach §. 169 der KO. einer anderen Mehrheit.

11) Derselbe lautet: „Bilden sich in Beziehung auf Summen, über welche zu entscheiden ist, mehr als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für

kann in denjenigen Fällen, in welchen die Gläubigerversammlung über die Gewährung von Summen, über Beträge, welche aus der Masse fortgegeben werden sollen oder für welche die Masse sich verpflichten soll, zu beschließen hat (wie nach §. 83 hinsichtlich der Vergütung für die Geschäftsführung der Ausschußmitglieder, nach §. 120 bezüglich einer dem Gemeinschuldner zu bewilligenden Sustentation u. s. w.), der Richter diejenige höchste Summe als beschlossen verkünden, in welcher die Mehrheit zusammenstimmt[12]). Bewilligt also ein Gläubiger mit 9000 Mark Forderung monatlich 20 Mark Sustentation für den Schuldner, zwei Gläubiger mit je 6000 Mark 30 Mark und vier Gläubiger mit je 1000 Mark 40 Mark, so stimmen zusammen 16000 Mark für 30 Mark (denn im Plus ist ja das Minus enthalten), für 40 Mark nur 4000 Mark und für 20 Mark nur 9000 Mark. Die Sustentation von 30 Mark ist also mit absoluter Mehrheit angenommen[13]).

Wenn es sich dagegen darum handelt, welche Summe die Masse empfangen soll, für welchen Betrag sie berechtigt werden soll, so ist umgekehrt anzunehmen, daß wer mit Wenigem zufrieden ist, gewiß auch noch Mehr nimmt, wenn er es erhalten kann. Gesetzt also, es soll das zur Masse gehörige Haus verkauft werden und der Verwalter bringt ein Offert von 50000 Mark. Bei der Abstimmung erklärt ein Gläubiger mit 9000 Mk. Forderung, das Offert annehmen zu wollen, zwei Gläubiger mit je 6000 Mk. verlangen 80000 Mk und vier Gläubiger mit je 1000 Mk. würden mit 60000 Mk. zufrieden sein. Hier ist vor Allem gewiß, daß das Offert von 50000 Mk. abgelehnt ist, denn dagegen sind 6 Gläubiger mit 16000 Mk. und nur 1 Gläubiger mit 9000 Mk. dafür.

---

sich hat, so werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere abgegebenen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergibt."

12) Mit mir stimmen überein: Fitting §. 31 Note 26; Stieglitz S. 447; v. Sarwey S 567; v. Wilmowski S. 334. Anderer Ansicht ist Wengler S. 463, weil §. 198 der R.-Civ.-Pr.-O. eine analog nicht anwendbare singuläre Vorschrift enthalte.

13) Würde einzeln abgestimmt, so könnte (wenn Niemand sich entschließt, venerandon conclusum zu stimmen) es dahin kommen, daß gegen 40 Mark die zwei Gläubiger mit je 6000 Mark Forderungen und der eine mit der Forderung von 9000 Mark; gegen 30 Mark der Gläubiger von 9000 Mark und die vier mit je 1000 Mark; schließlich dann gegen 20 Mark Sustentation die zwei mit je 6000 Mark und auch die vier mit je 1000 Mark stimmen; und dann wäre dem Schuldner gar Nichts bewilligt, was offenbar nicht die wahre Absicht der Versammlung sein würde.

Da nun aber dieser letztere natürlich auch 60000 Mk. nehmen wird (denn im Plus ist ja das Minus mitenthalten), so stimmen 5 Köpfe gegen 2 Köpfe und 13000 Mark gegen 12000 Mark für das Angebot von 60000 Mk. und der Verwalter kann also eventuell zu diesem Preise abschließen.

c. (der Stimmen).

Es ist hier der zu §. 82 der KO. (vgl. S. 102) gemachte Zusatz „der abgegebenen Stimmen" zu subintelligiren. Nur die erschienenen und ihre Stimme wirklich abgebenden Gläubiger sind bei der Berechnung der Mehrheit zu zählen. Daß die nicht erschienenen Gläubiger nicht in Betracht kommen, sagt §. 89 der KO.; von den zwar erschienenen, aber nicht stimmenden spricht derselbe nicht. Handelt es sich nun nur um eine Wahl, so ist die Sache unzweifelhaft; denn wenn die Gläubigerversammlung aus 20 Personen (mit gleichen Forderungen) besteht, 9 davon wählen den Herrn Mayer als Konkursverwalter, 2 den Herrn Fischer, 1 den Herrn Huber und 1 den Herrn Schmidt, und 7 geben keine Stimme ab, so hat Herr Mayer offenbar die absolute Mehrheit der „Stimmen". Schwieriger ist es, wenn die Genehmigung einer Maßregel in Frage steht. Wenn von 20 anwesenden Gläubigern (mit gleichen Forderungen) 9 „ja" sagen und 6 „nein", 5 aber sich der Abstimmung enthalten, so kann man eigentlich nicht sagen: die Mehrheit hat „ja" gesagt. Da aber die Mehrheit auch nicht „nein" gesagt hat, so glaube ich, daß eben hier unter dem Ausdrucke „Stimmen", wie erwähnt, „abgegebene Stimmen" zu verstehen sind, womit sich der Zweifel erledigt[14]).

d. (für die Wahl).

Nur bei der Wahl, nicht bei der Entlassung (vgl. Erl. c zu §. 84) ist die relative Mehrheit der Stimmen genügend. Auch bezieht sich die Bestimmung nur auf den Wahlakt selbst; die Frage, ob überhaupt ein Ausschuß zu bestellen sei, ferner die Frage, aus wie viel Mitgliedern derselbe bestehen solle, muß mit absoluter Majorität entschieden werden.

e. (relative Mehrheit der Stimmen).

Die relative Mehrheit der Stimmen, welche gleichfalls wie die absolute nach den Forderungsbeträgen zu berechnen ist, berechnet sich in der Weise, daß diejenigen Personen in den Gläubigerausschuß gelangen, welche die meisten Stimmen unter den abgegebenen auf sich vereinigen. Zuerst muß natürlich feststehen, aus wie viel Personen der Ausschuß gebildet werden soll. Sagen wir z. B.: man hat sich auf Drei vereinigt. Nun

---

14) Fitting §. 31 Note 28; Petersen S. 325 ff.; Stieglitz S. 447; v. Wilmowski S. 334.

wird abgestimmt; 3 Gläubiger mit 3000 Mark Forderungen stimmen für Herrn Huber, 2 Gläubiger mit 2000 Mark für Herrn Fischer, 1 Gläubiger mit 1000 Mark für Herrn Mayer, 4 andere mit je 500, 300, 200 und 100 Mark für Schmidt, Braun, Müller und Baker. Die ersten drei, obgleich keiner mehr als die Hälfte aller abgegebenen Stimmen auf sich vereinigt, kommen in den Ausschuß.

f. (nach den Forderungsbeträgen zu berechnen).

Es kommt nach dem vom Gesetze angenommenen Systeme[15]) auf die Anzahl der Gläubiger (außer im Falle der Stimmengleichheit) nicht an. Wenn ein einziger Gläubiger mehr an den Schuldner zu fordern hat, wie die hundert übrigen, so überstimmt der eine alle anderen.

Zu bemerken ist insbesondere, daß die Forderungen hinsichtlich der Stimmberechtigung gleichstehen, einerlei, in welcher der Kategorien des Buches I Titel 8 §. 54 sie eingereiht sind[16]), und daß bei der Berechnung der Höhe die §. 55 erwähnten Nebenforderungen (Zinsen, Kosten und Vertragsstrafen) mitgezählt werden[17]).

---

15) Die Motive zum II. E. S. 316 geben eine Uebersicht der bisherigen Legislationen und der Gründe für und gegen die verschiedenen Systeme und sagen: „Die Kopfmajorität würde mit Unrecht die großen Gläubiger majorisiren; die Ueberstimmung der kleinen Gläubiger durch die großen Summen ist eine geringere Härte; denn das Interesse wie das Recht der Gläubiger zur Theilnahme am Konkursverfahren bestimmt sich durch die Höhe der Forderungen.“ Bei den Berathungen machte Dr. Goldschmidt gegen diese Bestimmung Bedenken geltend, ohne daß es übrigens zu einer Abstimmung kam (K. Prt. S. 68).

16) Auf Befragen durch den Regierungsvertreter in der Kommiss.-Berathung (Prt. S. 68) bejaht.

17) Die Berechnung ergibt sich hiernach leicht: Setzen wir den Fall: im Konkurse des Kaufmanns X haben liquidirt: der Commis Anselm sein Salair für die letzten drei Monate mit 300 Mark, die Köchin Barbara ihren Lohn für das verflossene Jahr zu 250 Mark und 50 Mark rückständiges Kostgeld, die Fabrikanten Cato, David, Enoch, Gerstle und Honig Wechsel mit 2000, 1000, 500, 400 und 100 Mark, Doktor Justus Deserviten im Gesammtbetrage von 150 Mark, das Rentamt einen Rest der Gewerbesteuer mit 50 Mark und endlich drei Söhne erster Ehe ein mütterliches Vermögen von 1000 Mark. Um hier die Mehrheit zu berechnen, werden zuerst alle Forderungen addirt, und da diese 7800 Mark betragen, so ist die absolute Mehrheit für denjenigen Beschluß vorhanden, für den unter obengenannten Gläubigern sich so viele vereinigen, daß ihre Forderungen mehr als 3900 Mark betragen, einerlei, ob dies auch persönlich die meisten Gläubiger, und einerlei, ob ihre Forderungen privilegirte oder einfache Current-Forderungen sind. Wenn also z. B. die fünf Wechselgläubiger zusammen-

g. (die Zahl der Gläubiger).

In dem seltenen Falle der Summengleichheit entscheidet über die Annahme des Antrages die Kopfzahl der Abstimmenden. Z. B. es ist beantragt, die dem Gemeinschuldner gehörige Kurzwaarenhandlung zu schließen; in der Gläubigerversammlung erscheinen A, welcher 1000 Mark zu fordern hat, sowie B, der 500, C, der 300 und D, der 200 Mark Wechsel liquidirt hat; A stimmt für Fortführung des Geschäftes, B, C und D für Schließung; hier stimmen 1000 Mark mit „ja", 1000 Mark mit „nein" und es ist daher der Antrag angenommen, für welchen B, C und D gestimmt haben.

---

§. 87.

Stimmberechtigung.

Zur Theilnahme an den Abstimmungen[a]) berechtigen die festgestellten Konkursforderungen[b]). In Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung[c]) wird bei der Prüfung mit den Parteien[d]) erörtert, ob und zu welchem Betrage ein bleibendes Stimmrecht[e]) für dieselbe zu gewähren ist. In Ermangelung einer Einigung[f]) entscheidet das Konkursgericht. Das Gericht kann die Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei abändern[g]).

Ob und zu welchem Betrage nicht geprüfte Konkursforderungen[h]) zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht[i]).

Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt[k]).

I. E. §. 92, 142 Abs. 2; II. E. §. 87; Pr. H. E. — Pr KO. — B. P. O. Art. 1281 Abs. 4.

§. 88.

Ob und zu welchem Betrage[l]) Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres muthmaßlichen Ausfalls[m]), sowie Konkursforderungen unter

---

stehen, welche 4000 Mark repräsentiren, so überstimmen sie die sieben privilegirten Gläubiger, weil diese nur 3800 Mark Forderungen repräsentiren. Und ähnlich ergibt sich leicht die Berechnung in anderen Fällen.

aufschiebender Bedingung[n]) zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung[o]) berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt[p]).

I. E. — II. E. § 88; Pr. H. E. — Pr. KO. — B P. O.

a. (zur Theilnahme an den Abstimmungen).

Die Befugniß zur Theilnahme an der Versammlung, das heißt zur Anwesenheit bei den Berathungen, ist etwas weiter gegriffen als diejenige zur Theilnahme an der Abstimmung, das heißt an der eigentlichen Beschlußfassung. Daß der Verwalter, der Gemeinschuldner, diejenigen Mitglieder des Gläubigerausschusses, welche aber nicht selbst Konkursgläubiger sind (vgl. §. 79 Abs. 2 letzter Satz), zur Anwesenheit bei den Berathungen und zur Theilnahme an den Debatten, auch zur Antragstellung berechtigt sind, wird ohnehin nicht bestritten werden können. Aber aus der Fassung des Gesetzes[1]) folgt nach meiner Meinung auch, daß zu den soeben bezeichneten Akten überhaupt jeder angemeldete Gläubiger zuzulassen ist, nur von der Abstimmung ist er auszuschließen, sofern er nicht die Voraussetzungen des §. 87 und 88 erfüllt. Es müßte sonst offenbar der Eingang des Paragraphen lauten: „Zur Theilnahme an der Gläubigerversammlung."

Ferner erscheinen nach meiner Ansicht als unter Umständen interessirt an dem, was in der Versammlung vorkommt, und daher wohlberechtigt, in derselben zu erscheinen und (soweit nicht die Theilnahme an der Beschlußfassung durch Stimmabgabe in Frage kommt) sich zu betheiligen: die Aussonderungsberechtigten, die Absonderungsberechtigten[2]) und die Massegläubiger[3]).

---

1) Indem dasselbe nur für die Theilnahme an der Abstimmung eine Schranke zieht, ergibt sich die im Text gegebene Aufstellung arg. e contrario.

2) Soweit sie sich zugleich als persönliche Gläubiger gemeldet haben, sind sie natürlich Konkursgläubiger.

3) Auch der Anfechtungsberechtigte kann nicht wohl ausgeschlossen werden, wenn z. B. die Gläubigerversammlung über die Frage der Anfechtung berathen und er ihr etwa Aufschlüsse ertheilen und Vorschläge zur Beseitigung des Prozesses machen will. Mit mir stimmt Fitting §. 31 Note 14 überein. A. A. Petersen S. 324. Auch v. Wilmowski S. 335 sagt: „Die Gläubigerversammlung besteht nur aus den Konkursgläubigern", also unter Ausschluß der Aussonderungsberechtigten und der Massegläubiger sowie derjenigen Absonderungsberechtigten, welche nicht zugleich eine persönliche Forderung an den Gemeinschuldner haben.

b. (berechtigen die festgestellten Konkursforderungen).

I. Allgemeiner Grundsatz ist, daß Stimmrecht in den Gläubigerversammlungen, also entscheidende Theilnahme an der Beschlußfassung nur den eigentlichen Konkursgläubigern eingeräumt werden kann, denn nur diese verfolgen gleiche Interessen, nur diese sind in pari conditione (vgl. Abth. I S. 38) [4]).

Die Vindikanten, Separatisten (Aussonderungs-, Absonderungs-Berechtigten) und Massegläubiger sind demnach nicht stimmberechtigt [5]), denn alle diese sind nicht „Konkursgläubiger" im Sinne des §. 4 der KO. [6]).

II. Es ist bereits bei einer anderen Gelegenheit [7]) bemerkt worden, daß ein Gläubiger, der zwar einen seiner Natur nach als Konkursforderung sich charakterisirenden Anspruch hat, dem aber an dem Verfahren ein Interesse nicht mehr zur Seite steht, in gewissen Beziehungen die Befugnisse eines Konkursgläubigers nicht ausüben kann [8]). Dieser Grundsatz muß auch hinsichtlich der Theilnahme an der Abstimmung in der Gläubiger-

---

4) Es ist schon oben (S. 124) erwähnt, daß ein bloßes Privilegium die Gleichheit des Stimmrechtes nicht alterirt; ob dies innerlich richtig, kommt hier nicht zu untersuchen, nach dem Wortlaute des Gesetzes ist dieser Satz jedenfalls unzweifelhaft.

5) Motive zum I. E. S. 23.

6) Vgl. Abth. I S. 180. Daß die Absonderungsberechtigten, soweit sie „Konkursgläubiger" bleiben, also für den durch das Absonderungsrecht nicht gedeckten Betrag stimmberechtigt sein müssen, ist klar, vgl. Note 2 und die Erl. zu lit. l. Ueber ihr Stimmrecht beim Akkord vgl. zu §. 169.

7) Bei §. 78 lit. g S. 82).

8) Dies erstreckt sich jedoch nicht auf die einzelnen Verwaltungshandlungen in der Weise, daß eine Ausscheidung gemacht werden könnte, welche von den Gläubigern durch die in Berathung befindliche Maßnahme besonders betroffen würden und welche nicht. „Eine Bestimmung, z. B. der Bayr. Pr. O. Art. 1281 Abs. 4: „Sind bei einem Berathungsgegenstande nur einzelne Gläubiger betheiligt, so haben sich nur diese an der Abstimmung zu betheiligen" — ist in die KO. nicht aufgenommen; es kann daher von den überhaupt zugelassenen Gläubigern keiner von der Abstimmung unter dem Vorgeben ausgeschlossen werden, für ihn sei der in Frage stehende Beschluß irrelevant. „Selbstverständlich erscheint, daß, wo besondere Ganten neben der allgemeinen stattfinden (z. B. Gesellschaftskonkurs, Nachlaßkonkurs neben dem Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters oder Erben) bezüglich derselben auch besondere Abstimmungen (bez. Versammlungen) stattfinden müssen." (Wernz, Commentar Abth. 2 S. 906).

versammlung gelten. Der vollständig befriedigte Gläubiger[9]), der Gläubiger, welcher nach §. 56 der KO. in dem Verfahren überhaupt Nichts bekommen kann, der präjudizirte Gläubiger, — alle diese dürfen nicht mitstimmen. Man könnte nun diesen Grundsatz auch auf die privilegirten Gläubiger anwenden und ihnen, soferne sich ergibt, daß ihre Forderungen keinenfalls in Gefahr stehen, unbefriedigt zu bleiben[10]), das Stimmrecht absprechen wollen. Das Gesetz macht indessen eine Ausnahme in dieser Hinsicht nicht, und ich glaube, daß die Auslegung unter diesen Umständen sie auch nicht machen darf[11]). Ich will davon absehen, daß der Tag nie vor dem Abend zu loben ist und daß, so lange man sein Geld nicht fest in der Hand hat, mit absoluter Gewißheit niemals gesagt werden kann, man habe es oder werde es auch sicher erhalten. Es können ja in der Gläubigerversammlung Maßregeln beschlossen werden, wodurch selbst anscheinend sichere Forderungen in Gefahr kommen. Jedenfalls aber ist dem Richter in §. 87 und 88 nur die Cognition über das Stimmrecht streitig gebliebener und nicht geprüfter, nicht aber über dasjenige festgestellter Forderungen eingeräumt; wer sollte also entscheiden, ob eine festgestellte privilegirte Forderung noch interessirt sei oder nicht? Und wie sehr wäre der Willkür damit Thür und Thor geöffnet! Umsomehr, da, um die Abhaltung der Gläubigerversammlungen zu ermöglichen, sobald dem Richter die Entscheidung eingeräumt wird, gegen diese Entscheidung auch (wie in §. 87 Abs. 3 und §. 88 Abs. 2) die Beschwerde ausgeschlossen werden müßte[12]).

Meines Erachtens also ist ein Ausschluß von Konkursgläubigern vom Stimmrechte auf den Grund hin, daß sie vermöge ihres Privilegs ohnehin jedenfalls befriedigt werden, nicht zuläßig[13]). Fühlen sich die übrigen

---

9) Ein Fall, der wohl hier nicht oft vorkommen wird, immerhin aber denkbar ist.

10) Z. B. bei einer Masse von 50,000 Mark ist nicht zu erwarten, daß der von der Köchin des Gemeinschuldners geforderte Dienstlohn für die letzten 3 Monate mit 60 Mark durchfallen wird.

11) Man würde eben den Satz anwenden: cessante legis ratione lex cessat ipsa, ein Satz, der in der neueren Doktrin wohl mit Recht sehr verpönt ist.

12) So eklatant wie in Note 10 pflegen die Dinge in der Wirklichkeit nicht zu stehen; gewöhnlich läßt sich anfänglich durchaus nicht mit Bestimmtheit sagen, was schließlich in der Gant das Resultat sein werde.

13) Die sämmtlichen Schriftsteller stimmen mit mir überein, ausgenommen Hullmann S. 233, welcher mit der Bemerkung, daß in der Kommission (Prt. S. 68) auf die Anfrage, ob auch bevorrechtigte Gläubiger ein Stimmrecht haben, der Regierungsvertreter erklärt habe, „daß dies im Allge-

Gläubiger durch einen Widerspruch[14]) solcher bevorzugter und anscheinend interesseloser Forderungsinhaber in ihren Maßnahmen beengt, so steht es ihnen ja immer frei, dieselben abzufinden (vermöge Beschlusses aus den paraten Mitteln der Masse wegzahlen zu lassen). Gewaltsam aber sie ihres Stimmrechtes zu berauben, geht gegen die Billigkeit, und ist jedenfalls durch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gestattet.

III. Unter den Konkursgläubigern selbst sind nun unbedingt stimmberechtigt diejenigen, deren Forderungen festgestellt sind. Als „festgestellt" erscheinen vor Allem jene Forderungen, welche im Prüfungstermine anerkannt wurden[15]). Diesen stehen gleich alle jene Forderungen, welche zwar im Prüfungstermine widersprochen worden sind, bei welchen aber der erhobene Widerspruch durch Zurücknahme, durch Vergleich oder durch Urtheil im Feststellungsverfahren (§. 133 der KO.) beseitigt erscheint[16]).

---

meinen zu bejahen sei", sich dafür ausspricht, bei mangelnden Interessen könne das Stimmrecht versagt werden.

14) Die Stimmen derartiger Gläubiger werden ohnehin nicht leicht eine Mehrheit bilden, das dissentirende Interesse aber in der Regel darin liegen, daß solche, doch voraussichtlich jedenfalls gedeckte, Gläubiger für alle Maßnahmen sein werden, durch welche der Konkurs rasch zu Ende geht, während sie Maßregeln perhorresziren, die mittelst Abwartens und Zögerns bessere Resultate in Versilberung der Masse erzielen sollen. Gerade mit Rücksicht hierauf erscheint eine Abfindung der Privilegirten als beiden Theilen gerecht werdend.

15) Vgl. §. 132 der KO. Es ist natürlich, daß der Ausdruck im Gesetze durch das Wort „soweit" zu limitiren ist. Wenn A eine Wechselforderung von 10,000 Mark anmeldet und 5000 Mark sind anerkannt, die zweite Hälfte aber bestritten, so ist zwar die Konkursforderung des A unter den festgestellten, aber er stimmt natürlich unbedingt nur für 5000 Mark, weil seine Forderung nur soweit festgestellt ist.

16) Motive zum II. E. S. 314. Der Umstand dagegen allein, daß über die Forderung bereits rechtskräftig entschieden ist, hat auf das Stimmrecht keinen Einfluß. Gesetzt z. B. in der Gläubigerversammlung erscheint der A und produzirt ein völlig formgerechtes und vollstreckbares Urtheil, welches den Gemeinschuldner zur Zahlung von 1000 Mark an A condemnirt; wenn er seine Forderung nicht im Prüfungstermine angemeldet hatte oder wenn er sie angemeldet, aber dieselbe ist (wenn auch noch so frivol) widersprochen, so kann er sich auf §. 87 (erster Satz) nicht und nicht früher berufen, als bis der Widerspruch beseitigt ist. Der Abgeordnete v. Vahl hatte, um diesen Gedanken außer allen Zweifel zu stellen, beantragt, vor dem Worte „festgestellten" einzuschalten: „im Konkursverfahren". Dieser Antrag wurde auch (K. Prt. S. 70) angenommen. Weshalb er demohngeachtet im Gesetze fehlt, ist mir unbekannt. Vermuthlich hieß es

Der Nachweis über diese Beschaffenheit seiner Forderung hat natürlich derjenige Gläubiger zu erbringen, welcher das Stimmrecht in Anspruch nimmt. In der Regel wird ein etwaiger Streit über die Legitimationsfrage[17]) nur von anderen Betheiligten erhoben werden; indessen wird auch der Richter im Zweifelsfalle die Frage anregen können, ob die Forderung des zur Abstimmung sich meldenden Gläubigers eine festgestellte sei. Wird aber von Seite der übrigen Gläubiger oder des Verwalters dieser Anregung ohngeachtet ein Widerspruch nicht erhoben, so kann der Richter nicht von Amtswegen das Stimmrecht versagen[18]).

c. (in Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung).

Nicht für eine jede streitig gebliebene Forderung soll das in §. 87 Abs. 1 Vorgeschriebene gelten; nur Forderungen, welche am Prüfungstermine angemeldet, aber wegen Widerspruches der Gläubiger nicht festgestellt wurden, sind hier gemeint; also vom Gemeinschuldner allein bestrittene Forderungen sind nicht als „streitig gebliebene“ im Sinne der obigen Gesetzesstelle zu erachten.

d. (bei der Prüfung mit den Parteien).

Die vorläufige Zulassung der streitig gebliebenen Forderungen kann nur im Prüfungstermine selbst ausgesprochen werden. Hat der anmeldende Gläubiger es versäumt, sich ein Stimmrecht gewähren zu lassen, so kann er es später[19]) (bevor die Forderung festgestellt ist) nicht mehr erwirken. Schlechter indessen als gar nicht geprüfte Forderungen kann diejenige eines solchen Gläubigers nicht wohl behandelt werden; es muß demnach auf dieselbe der Abs. 2 des §. 87 anzuwenden sein[20]), so daß

(was aber aus der Zusammenstellung nicht zu ersehen) ursprünglich: „die festgestellten Forderungen“, nach dem Beschlusse: „die im Konkursverfahren festgestellten Forderungen“, und zog dies die Redaktionskommission zusammen in: „die festgestellten Konkursforderungen“, was freilich ein wenig an den „gedörrten Zwetschgenhändler“ streift.

17) Die Legitimation wird in der Regel einfach durch eine Berufung auf die Tabelle zu erbringen sein.

18) Dies folgt aus §. 87 Abs. 2; denn wenn sogar nicht geprüfte Forderungen nur auf Widerspruch zu beanstanden sind, um so mehr muß dies bei geprüften und festgestellten der Fall sein.

19) Denn der letzte Satz von §. 87 Abs. 1 sagt nur: die Entscheidung könne wegen veränderter Umstände wieder abgeändert werden; hier ist aber überhaupt versäumt worden, eine „Entscheidung“ herbeizuführen.

20) Der Nachtheil liegt darin, daß er kein bleibendes Stimmrecht (lit. c) mehr erlangt, sondern in jeder Versammlung neuerdings die Zulassung erwirken muß.

sie unter dieser Modalität allerdings zur Abstimmung zugelassen werden kann. Die Erörterung mit den Parteien hat die Forderung in ihren thatsächlichen und rechtlichen Momenten zu beleuchten und nach den vorgebrachten Beweisen und Bescheinigungen[21]) den Grad ihrer Wahrscheinlichkeit und das muthmaßliche Resultat des Feststellungsverfahrens zu ermitteln, damit der Richter einen Anhaltspunkt für die Ausdehnung des zu gewährenden Stimmrechtes gewinnt.

Unter dem Ausdrucke „Parteien" ist der anmeldende Gläubiger und der die Forderung bestreitende Verwalter oder dritte Konkursgläubiger[22]) gemeint. Das Gesetz bedient sich deshalb nicht des Wortes: „Betheiligte" (wie sonst üblich), um anzuzeigen, daß diejenigen Gläubiger, welche die angemeldete Forderung nicht nach §. 132 Abs. 1 der KO. bestritten haben, auch bei der Feststellung des Stimmrechtes nicht sich betheiligen können, und daß auch der Gemeinschuldner, welcher nach §. 132 Abs. 2 der KO. gegen die Forderung im Prüfungstermine Widerspruch erhebt[23]) — obwohl er im Grunde der Hauptbetheiligte ist —, keinen Einfluß hinsichtlich des zu gewährenden Stimmrechtes[24]) ausüben kann.

c. (bleibendes Stimmrecht).

Der Beisatz „bleibend" scheint im Widerspruche zu stehen mit dem letzten Satze des §. 87 Abs. 1, in welchem ausdrücklich die Möglichkeit einer Abänderung vorbehalten wird. Es ist indessen das „Bleiben" nicht in Verhältniß zu den Betheiligten, sondern zu den Versammlungen zu stellen. Es soll damit ausgedrückt werden, daß, wenn im Prüfungstermine nach §. 87 Abs. 1 ein Stimmrecht ausgemacht wurde, dieses Recht für jede Versammlung so lange bleibt, bis es auf Antrag der Parteien abgeändert wird, während das Stimmrecht, welches nach §. 87

---

21) Diese Bescheinigungen sind aber nicht etwa obligatorisch, wie solches nach Art. 1281 Abs. 2 der B. Pr.-O. der Fall war; der Richter kann nach seinem Ermessen auch völlig unbescheinigten Forderungen ein Stimmrecht gewähren.

22) Man könnte hier fragen: kann nur der Gläubiger Widerspruch gegen das Stimmrecht erheben, dessen Forderung bereits festgestellt ist, oder jeder? Ich glaube, Letzteres; das Gesetz macht keinen Unterschied, vgl. auch Erl. lit. h.

23) Es hängt dies mit dem später (im 4. Titel) zu erörternden Prinzipe der Konkursordnung zusammen, daß die „Feststellung" für das Konkursverfahren nur von den Mitgläubigern ausgeht.

24) Als aufklärend für die Wahrscheinlichkeit des Bestandes der Forderung und die muthmaßliche Höhe ihres Betrages wird die Bestreitung oder Anerkennung Seitens des Gemeinschuldners allerdings dienen.

Abs. 2 zugesprochen wird, immer nur für die eine Gläubigerversammlung zum Stimmen berechtigt, vor oder in welcher die Entscheidung erfolgte. Insbesondere gilt ein derart festgesetztes bleibendes Stimmrecht auch für diejenigen Gläubigerversammlungen, welche über den Zwangsvergleich beschließen[25]).

f. (in Ermangelung einer Einigung).

Die Grundlage der Gewährung eines Stimmrechtes für streitig gebliebene Forderungen bildet die Vereinbarung der Parteien selbst; diese ist vor Allem maßgebend und wenn daher der Liquidant mit dem die Forderung widersprechenden Verwalter oder Mitgläubiger wenigstens über Zulassung zum Stimmrecht überhaupt, oder über die Höhe und den Umfang der Forderung in Bezug auf Stimmberechtigung einig sind, hat weder ein anderer Gläubiger, noch der Gemeinschuldner (vgl. lit. d), noch auch der Richter hiegegen ein Widerspruchsrecht. Einigen sich die Parteien nicht, so hat der Richter sowohl darüber zu sprechen, ob die Forderung an sich so geartet und wahrscheinlich gemacht erscheint[26]), daß sie zur Mit-Abstimmung zugelassen werden kann, als auch darüber, wie weit ihr, wenn sie im Allgemeinen zugelassen ist, eine Berücksichtigung zu Theil werden solle. Z. B. im Konkurse des Kaufmanns A meldet dessen Schwiegervater X eine Wechselforderung von 10,000 Mark und einen Kaufschillingsrest von 5000 Mark an. Der Gläubiger B, welcher eine Wechselforderung von 1000 Mark angemeldet hat, bestreitet im Prüfungstermine beide Forderungen des X und will dem Letzteren auch jedes Stimmrecht absprechen. Aus den Verhandlungen überzeugt sich der Richter, daß offenbar in der Wechselausstellung des Gemeinschuldners neben einer wirklichen Schuld für ein Darlehen von 2000 Mark eine versteckte Rückgewähr des Heirathsgutes von 8000 Mark, welches X seinerzeit dem A verabfolgt hatte, enthalten ist, während das Kaufgeschäft, aus welchem der Rest von 5000 Mark herrührt, ganz sauber erscheint. Hier wird der Richter die letzte Forderung als vollberechtigt zum Stimmen, von der ersteren aber nur 2000 Mark als zuzulassen ansehen können und daher dem X ein Stimmrecht auf 7000 Mark gewähren.

---

25) Es ist dies hervorzuheben, weil, wie die Motive (zum II. E. S. 315) ausführlich erörtern, die früheren Legislationen (mit Ausnahme von Bayern) davon ausgegangen waren, daß zur Bewilligung eines Stimmrechtes im Akkordverfahren strengere Erfordernisse aufzustellen seien als für die sonstigen Gläubigerversammlungen.

26) Es ist kein Grund vorhanden, weshalb z. B. offenbar frivole Anmeldungen zum Mitstimmen sollten zugelassen werden.

g. (auf weiteren Antrag einer Partei abändern).

Die vom Richter getroffene Entscheidung über das Stimmrecht streitig gebliebener Forderungen kann von den Parteien mittelst Beschwerde nicht angegriffen werden (§. 87 Abs. 3). Das einmal festgesetzte Stimmrecht gilt für alle Gläubigerversammlungen. Es können sich aber nun im Laufe des Verfahrens die Umstände ändern; es kann die Forderung wahrscheinlicher, sie kann aber auch zweifelhafter werden. Hier wäre es unbillig, wenn dehmohngeachtet die Parteien an den einmaligen Bescheid gebunden bleiben sollten; sie können nochmals den Richter angehen und dieser kann auf Grund neuer Ausführungen und Momente seine frühere Entscheidung abändern[27]). Nehmen wir das in lit. f gegebene Beispiel: gegen den Beschluß des Konkursrichters, daß dem X ein Stimmrecht auf 7000 Mark zustehe, kann weder X Beschwerde beim Landgericht erheben und verlangen, er solle für die vollen 15,000 Mark stimmberechtigt erklärt werden, noch auch kann sich der dissentirende Gläubiger B beschweren, weil dem X nicht jedes Stimmrecht abgesprochen wurde. Es kann aber auch der Richter nicht nachträglich auf seinen Beschluß zurückkommen und von freien Stücken dem X ein Stimmrecht auf 10,000 Mark gewähren[28]). Wohl aber kann z. B. zwei Monate später B dem Konkursrichter vorstellen, daß die inzwischen geführten Prozeßverhandlungen an den Tag gebracht hätten, daß auch die Wechselschuld eine fingirte gewesen sei, und der Richter kann, wenn er sich hievon überzeugt, nunmehr das Stimmrecht des X auf 5000 Mark herabsetzen. Hiegegen findet dann abermals keine Beschwerde an den oberen Richter statt[29]).

h. (nicht geprüfte Konkursforderungen).

Nichtgeprüfte Forderungen sind vorerst alle Konkursforderungen, bevor der allgemeine Prüfungstermin (§. 129 der KO.) stattgefunden; sodann jene, welche erst nach diesem allgemeinen Termine angemeldet wer-

---

27) Diese Voraussetzung ist aber keine absolute; es wird zwar eine Abänderung der früheren Entscheidung der Natur der Sache zumeist nur dann eintreten, wenn die Sachlage sich inzwischen modifizirt hat; allein diese anzunehmen steht ja im Ermessen des Gerichtes und letzteres kann also jederzeit sein früheres Conclusum aufheben und ein neues an dessen Stelle setzen. Nur „von Amtswegen" kann es dies nicht thun; es muß immer ein Parteiantrag vorliegen. Vgl. auch Prot. S. 70.

28) Vgl. oben S. 23.

29) Sonach ist das Rechtsmittel keine appellatio ab judice ad judicem superiorem, sondern eine appellatio ab judice male informato ad judicem melius informatum.

den, bevor sie in dem (nach §. 130 Abs. 3 auf Kosten des verspätet Anmeldenden anzuberaumenden) besonderen Termine geprüft sind; endlich diejenigen Forderungen, welche zwar vor dem allgemeinen Prüfungstermin, aber nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldet worden sind und gegen deren Prüfung an diesem allgemeinen Termine Widerspruch erhoben ist (§. 130 Abs. 1).

Bezüglich aller dieser Arten von Forderungen ist in denjenigen Gläubigerversammlungen, welche vor der Prüfung derselben stattfinden, kein bestimmter Anhaltspunkt vorhanden, ob und in welchem Betrage dieselben auch nur überhaupt bestehen. Es bestimmt aber das Gesetz nicht etwa, daß in Folge dieser Zweifelhaftigkeit die betreffenden Gläubiger überhaupt kein Stimmrecht haben, sondern im Gegentheile verfügt der Abs. 2 des §. 87, daß in Versammlungen der bezeichneten Art die Gläubiger für diese Forderungen ebensogut ein Stimmrecht nach der Höhe der letzteren haben, wie die Inhaber festgestellter Forderungen. Nur ist hiegegen den übrigen Konkursgläubigern und dem Verwalter ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Machen sie hievon Gebrauch, so erfolgt die Entscheidung über das Stimmrecht durch das Konkursgericht. Hier entsteht nun die Frage, ob in dem Falle, wenn bei der bezüglichen Gläubigerversammlung nur solche Gläubiger erscheinen, von deren Forderungen noch keine festgestellt ist, diese Gläubiger einen gültigen Beschluß fassen können, und ob auch in einem solchen Falle den erschienenen Gläubigern ein Widerspruchsrecht zusteht, sowie auch, ob in dem bezeichneten Falle bei erhobenem Widerspruche Seitens eines Gläubigers oder des Konkursverwalters das Gericht ebenfalls zu entscheiden hat. Für die Verneinung aller dieser Fragen könnte die Erwägung geltend gemacht werden, daß im besagten Falle die in Abs. 1 des §. 87 verlangte „Erörterung mit den Parteien" nicht möglich sei, weil man unter Parteien doch wohl nur solche Gläubiger verstehen könne, deren Forderungen selbst bereits festgestellt sind, und jedenfalls nur ein solcher, nicht aber ein Forderungsinhaber, der selbst in gleicher zweifelhafter Lage sei, einen Widerspruch gegen die Zulassung eines Anderen erheben könne. Allein es müssen gleichwohl alle drei Fragen bejaht werden und zwar deshalb, weil die angeführte Gesetzesstelle in Betreff der Gültigkeit der Beschlüsse keinen Unterschied macht, von welcher Art die Forderungen sind, deren Inhaber die Versammlung bilden, ob solche festgestellt, im Prüfungstermine bestritten oder noch gar nicht geprüft sind (soferne sie nur stimmberechtigt erscheinen), weil ferner ein Widerspruchsrecht in §. 87 Abs. 2 den „Konkursgläubigern" ohne Einschränkung eingeräumt ist, und zu den Gläubigern im weiteren Sinn auch diejenigen gehören, deren Forderungen noch nicht festgestellt sind,

welche sich aber bei der Gläubigerversammlung entweder in Folge der öffentlichen Bekanntmachung oder in Folge besonderer Ladung einfinden und hiebei (wenn auch vorerst noch ohne Nachweis) behaupten, daß sie Gläubiger seien. Als Mitglieder der Gläubigerversammlung, und wenn und insoweit in letzterer weder der Konkursverwalter noch ein Gläubiger gegen das Stimmrecht dieser Art von Gläubigern Widerspruch erhebt, sind dieselben gemäß §. 87 auch stimmberechtigt, und wenn und insoweit gegen ihr Stimmrecht Widerspruch erhoben wird, hat auch hier das Konkursgericht zu entscheiden, weil, wie schon erwähnt, das Gesetz keinen Unterschied macht. Daß Gläubigerversammlungen gültige Beschlüsse fassen können, wenn in denselben auch lediglich ungeprüfte Forderungen vertreten sind, ist ohnehin klar, weil ja gerade die wichtige in §. 107 der KO. erwähnte Versammlung immer vor dem Prüfungstermine stattfinden wird.

i. (entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht).

Von Amtswegen kann der Konkursrichter keinen Gläubiger von der Theilnahme an der Versammlung und der Beschlußfassung zurückweisen; nur dem Verwalter und den übrigen Konkursgläubigern, und zwar jedem derselben steht es zu, gegen die Theilnahme Widerspruch zu erheben, worauf das Gericht — nämlich der Konkursrichter — entscheidet. Da der Eingang des Abs. 2 lautet: „ob und zu welchem Betrage", so folgt, daß der Richter auch hier nicht blos die Berechtigung zur Theilnahme überhaupt, sondern auch den Umfang des Stimmrechtes festzusetzen hat, daß er also auch in Betreff der nichtgeprüften Forderungen z. B. dem mit 10,000 Mark auftretenden Gläubiger ein Stimmrecht auf 5000 Mark gewähren kann. Die am Schlusse des ersten Absatzes enthaltene Ermächtigung, die Entscheidung später abändern zu dürfen, ist dem Richter für diesen Fall deshalb nicht besonders im Gesetze ertheilt, weil seine Entscheidung ohnehin keine bleibende Verleihung des Stimmrechtes enthält, sondern immer nur für die betreffende Versammlung maßgibt, daher das nächste Mal, wenn sich die Verhältnisse geändert haben, anders ausfallen wird [30]).

k. (Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt).

Es ist bereits oben erwähnt worden, daß dieser dritte Absatz sich

---

30) Der Richter ist formell nicht an seine frühere Entscheidung gebunden. „Freilich, ein thatsächliches Gewicht wird die einmal getroffene Entscheidung auch für künftige Verhandlungen behalten; ein rechtliches kommt ihr für diese nicht zu," sagen die Motive.

sowohl auf den ersten wie auf den zweiten Absatz bezieht, daß ebenso die „bleibende“ wie die „einmalige“ Stimmrechtverleihung oder Versagung unanfechtbar ist[31]).

l. (ob und zu welchem Betrage).

Man könnte fragen, weshalb das Gesetz die in §. 88 genannten Forderungsarten nicht in den Absatz 2 des §. 87 aufgenommen hat, da der materielle Inhalt der für dieselben gegebenen Vorschrift mit jener identisch ist. Dies konnte aber deshalb nicht geschehen, weil diese letztere für die in §. 88 genannten Kategorien von Forderungen gelten sollen, mögen sie überhaupt nicht geprüft oder geprüft und festgestellt oder auch bei der Prüfung bestritten sein. Wenn also z. B. der Hausbesitzer A in dem Konkurse des B eine Miethzinsforderung von 600 Mark angemeldet hat und, weil die dafür primär haftenden Möbel des B nur 200 Mark werth seien, mit 400 Mark als persönlicher Konkursgläubiger auftritt, so kommt, wenn der Verwalter C im Prüfungstermine die Forderung bestreitet, nicht die Bestimmung des §. 87 Abs. 1 zur Anwendung, daß der Richter nur im Falle der Nichteinigung der Parteien über das Stimmrecht mit seiner Entscheidung eintritt und sodann durch diese ein bleibendes Stimmrecht verleiht; sondern es hat sofort der Richter auf den Widerspruch irgend eines Konkursgläubigers (also auch eines solchen, der die Forderung als solche nicht bestreitet, demnach nicht „Partei“ ist) zu entscheiden, aber nur für die betreffende Gläubigerversammlung[32]).

m. (in Ansehung ihres muthmaßlichen Ausfalls).

Dieser „Ausfall“ ist vom Standpunkte des Absonderungsrechtes aus gemeint; in Bezug auf die Masse ist es umgekehrt das „Hineinfallen[33])“. Im vorigen Beispiele fallen also z. B. nur 200 Mark in das Absonderungsrecht, die übrigen 400 Mark fallen aus dem Absonderungsrechte heraus, in den Anspruch an die Masse.

Wenn aber ein in abstracto Absonderungsberechtigter sich nur als persönlicher Gläubiger gerirt, dann ist von einem „Ausfall“ nicht mehr die Rede, und es findet §. 88 auf ihn keine Anwendung. Wenn also z. B. der Hausherr keine Möbel in Händen hat oder auf diese nicht

---

31) Die legislativen Gründe hiefür sind ausführlich erörtert worden in der 10. Kommissions-Sitzung, in welcher die ganze Bestimmung von Dr. Goldschmidt lebhaft, jedoch vergeblich bekämpft wurde (K Prt. S. 69).

32) Ich halte dies für nicht streng richtig; allein so lautet das Gesetz und es ist gewiß auch praktischer, als wenn man zweierlei Bestreitungen zugelassen hätte.

33) Vgl. die Erl. zu §. 57.

greifen will, so kann man seine Miethzinsforderung hinsichtlich des Stimmrechtes nur nach §. 87, nicht aber nach §. 88 behandeln.

n. (Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung).

Vgl. hierüber §. 152.

o. (in einer Gläubigerversammlung).

Nämlich in derjenigen Gläubigerversammlung, in welcher der Widerspruch erhoben wird. Ein bleibendes Stimmrecht kann einer solchen Forderung überhaupt nicht bewilligt werden; es kann dasselbe jedesmal von Neuem bestritten werden. Vgl. oben die Erl. zu lit. e.

p. (findet nicht statt).

Der Grund hiefür ist derselbe, wie oben angegeben, daß die Zulassung einer solchen Beschwerde die Abhaltung der ganzen Versammlung unmöglich machen oder die Gefahr herbeiführen würde, daß bei nachheriger Abänderung des richterlichen Bescheides die sämmtlichen in der Versammlung gefaßten Beschlüsse und das darauf gebaute Verfahren als nichtig erscheinen müßten[34]).

Ueber die Zustellung dieser Beschlüsse vgl. oben S. 25 ff.

---

§. 89.

Verbindlichkeit der Beschlüsse auch für Abwesende.

Gezählt werden nur die Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger a). Die nicht erschienenen Gläubiger sind an die Beschlüsse gebunden b).

I. E. §. 93; II. E. §. 89; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. P. O.

a. (erschienenen Gläubiger).

Nur derjenige kann in der Gläubigerversammlung Rechte geltend machen und seine Stimme abgeben, welcher an der Versammlung Theil nimmt[1]). Es würde also der Richter zwar nicht zu verhindern haben, wenn ein Gläubiger die ihm schriftlich mitgetheilte Ansicht eines Mitgläubigers in der Versammlung verlesen würde; allein einen Antrag kann

---

34) In der Kommission (S. 69) war eine Einschränkung des Abs. 3 auf die Fälle des Abs. 2 vorgeschlagen gewesen

1) Er kann hiebei nach § 86 der R.-Civ.-Pr.-O. einen Beistand mitbringen, welcher aber nicht stimmen darf.

ein Abwesender schriftlich nicht stellen[2]) und noch weniger könnte seine schriftlich abgegebene Stimme gezählt werden. Nur die Anwesenden haben das Recht zu beschließen; es soll den Berathungen der Gläubigerversammlung die volle Unmittelbarkeit gewahrt bleiben.

Persönliches Erscheinen der Gläubiger[3]) ist indessen nicht nothwendig, es genügen auch legitimirte Vertreter[4]), weil das Gesetz keine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel macht, daß man Rechtshandlungen auch durch Stellvertreter vornehmen lassen kann. Nur entsteht die Frage, ob die Urkunde über die Legitimation des Vertreters bei der betreffenden Gläubigerversammlung dem Gerichte bereits vorliegen oder wenigstens in der Versammlung selbst vorgelegt werden müsse, widrigenfalls das Stimmrecht wegfällt, oder ob die Legitimations-Urkunde und bezw. die Genehmigung Seitens des betreffenden Gläubigers auch nachgebracht werden kann und bis zu welchem Zeitpunkte das eine oder andere noch zulässig ist. Ich glaube, daß in solchen Fällen (gemäß §. 65 der KO.) die allgemeinen Vorschriften der Civ.-Pr.-O. §. 74 u. ff. über Prozeßbevollmächtigte und Beistände zur Anwendung zu kommen haben, insbesondere auch der §. 84 der Civ.-Pr.-O., wornach der Mangel der Vollmacht in jeder Lage der Sache von einem Betheiligten geltend gemacht werden kann, vom Gerichte aber von Amtswegen gerügt werden muß. In Betracht kommt sodann der §. 85 der Civ.-Pr.-O., wornach ein ohne Beibringung der Vollmacht auftretender Vertreter entweder gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zwar einstweilen zugelassen, das Endurtheil aber erst dann erlassen werden darf, nachdem die zur Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist. Da nun im Konkursverfahren als solchem keine Endurtheile im Sinne des §. 85 der Civ.-Pr.-O. vorkommen, sondern nur Beschlüsse, und da insbesondere das Resultat der Berathung und Verhandlung in der Gläubigerversammlung sich in deren Beschlüssen concentrirt und ausprägt, so tritt die Be-

---

2) Natürlich kann sich ein Anwesender einen solchen Antrag aneignen.

3) Wegen des Verwalters vgl. oben S. 57. Was die Mitglieder des Gläubigerausschusses betrifft, so bemerkt Fitting §. 31 (bei Note 17), daß sie „der Natur der Sache nach immer nur persönlich erscheinen können.“ Dieses ist auch richtig, insoweit ein solches Mitglied nicht etwa blos seine Rechte als Konkursgläubiger vertreten lassen will.

4) Motive zum II. E. S. 216 oben. Als Vertreter ist jede prozeßfähige Person zuzulassen, insbesondere also kann statt des Ehemannes die Ehefrau erscheinen und abstimmen. R.-Civ.-Pr.-O. §. 75, §. 51 Abs. 2.

schlußfassung hier an die Stelle des Endurtheiles und die analoge Anwendung des §. 85 der Civ.-Pr.-O. wird demnach dahin führen, daß der Legitimationspunkt jedenfalls vor der Beschlußfassung bereinigt sein muß, ein nicht gehörig legitimirter Stellvertreter also nicht mitstimmen darf. Dies ergibt sich auch aus praktischen Gründen, denn würde die vorbehaltene Genehmigung eines als Stellvertreter Mitstimmenden später nicht beigebracht, so würde nachträglich das Ergebniß der Abstimmung möglicherweise vollständig umgestoßen und unter Umständen das ganze darauf gebaute weitere Verfahren ex post nichtig, eine Gefahr, welcher dasselbe niemals unterworfen werden darf [5]).

b. (sind an die Beschlüsse gebunden).

Das Gesetz sagt nicht: „die Nichterschienenen sind als der Mehrheit zustimmend zu erachten" oder etwas Aehnliches; es wird keine Abstimmung der Abwesenden fingirt. Dies ist von Bedeutung. Setzen wir den Fall, die Gläubiger, welche in der Versammlung [6]) erschienen sind, kommen überein, daß, um die in der Masse befindliche Fabrik fortzuführen, jeder dem Verwalter aus eigenen Mitteln 1000 Mark zur Disposition stellen solle. Spräche das Gesetz aus: „die Abwesenden gelten als der Mehrheit zustimmend", müßte natürlich verfahren werden, als hätte der Abwesende auch erklärt, er wolle 1000 Mark zahlen, und er wäre also durch den fraglichen Beschluß verpflichtet. Das Gesetz drückt sich aber nicht so aus; es verfügt lediglich, daß die abwesenden Gläubiger die Beschlüsse deshalb, weil sie selbst dabei nicht mitgewirkt, hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit nicht anfechten können; sie müssen die rechtlichen Folgen anerkennen, soweit sie eben überhaupt rechtliche Folgen haben. Weiter aber erstreckt sich ihre Haftung nicht; würde etwa nicht aus dem gefaßten Beschlusse, sondern aus der Beschlußfassung als solcher eine Rechtsfolge entstehen, so würde diese die Abwesenden nicht treffen [7]). Aus dem gefaßten Beschlusse entsteht aber eine Rechtsfolge immer nur, wenn er innerhalb der Grenzen des Gesetzes sich bewegt, und da die Gläubigerversammlung nur gesetzliche

---

5) Stieglitz S. 450 u. v. Sarwey S. 571 stimmen mir unbedingt zu, während v. Wilmowski S. 337 die Limitation beifügt: falls nicht „besondere Umstände" veranlassen, von der fakultativen Zulassungsbefugniß Gebrauch zu machen.

6) In welcher nach der vorher bekannt gegebenen Tagesordnung über Fortbetrieb oder Schließung des Geschäftes berathen werden soll; denn war dies nicht der Fall, so wäre ohnehin der Beschluß unverbindlich.

7) Denken wir: es läge z. B. in der Beschlußfassung die Verübung eines Deliktes.

Zuständigkeit über die Masse und über deren Behandlung hat, so können auch nur hierüber gefaßte Beschlüsse für die abwesenden Gläubiger verbindlich sein[8]).

---

§. 90.

Bekanntmachung der Tagesordnung.

Der Gegenstand[a]), über welchen in der Gläubigerversammlung ein Beschluß gefaßt werden soll, muß[b]) bei der Berufung derselben[c]) öffentlich bekannt gemacht[d]) werden.

I. E. §. 94; II. E. §. 90; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O.

a. (Der Gegenstand).

In welcher Art und in welcher Ausdehnung der „Gegenstand" der Beschlußfassung zu veröffentlichen sei, ist im Gesetze nicht angegeben. Es muß demnach hierüber das vernünftige Ermessen des Richters Maß geben. Setzen wir den Fall, es liegt auf das Haus des Gemeinschuldners in der Amalienstraße ein Angebot von 100,000 Mark vor, ferner hat sich ein Käufer für dessen Villa in Starnberg gemeldet und endlich offerirt der Fiskus, er wolle die dem Schuldner zustehende Rheinoctroi-Rente von jährlich 500 Gulden Rheinisch um 25,000 Mark Kapital in 4% Staatsschuldobligationen ablösen, und der Verwalter wünscht einen Beschluß der Gläubigerversammlung zu erhalten, ob diese Angebote angenommen werden sollen. Es ließen sich nun wohl alle diese Dinge zusammen als „Versilberung der Masse" bezeichnen und damit wäre streng genommen der „Gegenstand" der Beschlußfassung bekannt gemacht. Allein der Richter wird aus praktischen Rücksichten weder dieser lakonischen Kürze sich befleißigen, noch auch etwa in die öffentliche Bekanntmachung das ganze Detail der beabsichtigten Geschäfte (Käufer, Preis, Bedingungen u. s. w.) aufnehmen. Er wird den „Gegenstand" etwa in der Weise

---

8) Wenn die Gläubigerversammlung beschließt, ein Prioritätsanlehen aufzunehmen, um die Fabrik fortzubetreiben, so müssen die Abwesenden diese Masseschuld allerdings auch als für sich verbindlich ansehen. Aus den Beschlüssen aber, ex propriis zu zahlen, haften die Beschließenden zwar selbst, weil sie eben sich durch die Zustimmung verpflichtet haben. Allein es liegt darin keine Maßnahme, welche das Gesetz der Gläubigerversammlung als Organ im Konkursverfahren zugewiesen hat.

bezeichnen: „In der Konkurssache des N. N. werden die Gläubiger auf den 9. Mai l. J., Vormittags 10 Uhr, zu einer Versammlung im kleinen Odeonssaale berufen, um über den Verkauf des zur Masse gehörigen Hauses in der Amalienstraße und der Villa in Starnberg, sowie über die Ablösung der auf dem Rheinoctroi haftenden Rente des Gemeinschuldners Beschluß zu fassen."

b. (muß).

Wurde die öffentliche Bekanntmachung des Gegenstandes der Berathung und Beschlußfassung der Gläubigerversammlung unterlassen, so ist nicht nur ein allenfalls ergehender Beschluß für die nicht Erschienenen unverbindlich (das heißt: es kann das Präjudiz des §. 89 Satz 2 nicht gegen abwesende Gläubger wirken), sondern es kann auch die Minderheit zur Unterwerfung unter den Beschluß nicht gezwungen werden, weil dieselbe stets zu behaupten befugt ist: wäre bekannt gewesen, daß dieser Gegenstand in der Versammlung vorkommen werde, so würde diese anders besucht und daher das Resultat ein anderes gewesen sein[1]).

Als vollständig nichtig ist aber vom Gesetze der Beschluß nicht erklärt; wären also alle Gläubiger anwesend gewesen und hätten alle einstimmig sich über einen Gegenstand schlüssig gemacht, welcher nicht vorher öffentlich bekannt gemacht war, so glaube ich nicht, daß ein solcher Beschluß vom Verwalter oder vom Gemeinschuldner oder von Dritten angefochten werden kann[2]).

Es ergibt sich die Frage: A) ob auch solche Gegenstände, welche bereits im Gesetze zur Berathung und Beschlußfassung bestimmter Gläubigerversammlungen vorgeschrieben sind, vorher öffentlich bekannt zu machen seien, und B) ob die Bestimmung des §. 85 Abs. 2 Satz 2 auch hinsichtlich der Tagesordnung Platz greift?

---

1) Dieser Einwand greift auch dann Platz, wenn die für den Beschluß Stimmenden eine solche Mehrheit bilden, daß selbst das „Nein" aller Abwesenden das Resultat nicht alterirt hätte. Denn wenn auch faktisch in der Regel die Sache trotz aller Berathung so beschlossen wird, wie Jeder schon vorher entschlossen war, so muß doch theoretisch angenommen werden, es hätten die Gründe der wegen Unbekanntheit der Tagesordnung nicht Erschienenen möglicherweise den oder jenen der für den Beschluß Stimmenden zur anderen Ansicht bekehrt.

2) Natürlich vorausgesetzt, er betreffe nicht die Person des Verwalters oder Gemeinschuldners und es wäre diesen aus Anlaß der vorher nicht erfolgten Bekanntmachung des Berathungsgegenstandes das rechtliche Gehör verkürzt worden.

ad A) Der §. 102 der KO. verfügt, daß im ersten Termine über die Wahl eines neuen Verwalters und über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschließen ist; nach §. 119 ist in demselben Termine vom Verwalter über die Entstehung des Konkurses und über die bisherigen Vorgänge Bericht zu erstatten; der §. 150 verfügt, was im Schlußtermine zu geschehen hat, und ebenso ist in §. 166 ff. für den Vergleichstermin die Tagesordnung bereits vollkommen vorgeschrieben. Man kann also wohl behaupten, daß in der Ausschreibung eines dieser Termine an und für sich schon die Bekanntgabe des Gegenstandes liegt, über welchen jedenfalls die Gläubigerversammlung an diesem Tage berathen und Beschluß fassen soll, und daß es ebensowenig noch einer besonderen Bekanntmachung hiefür bedürfe, als es unnöthig ist, bei der Ansetzung des Prüfungstermines noch eigens zu publiziren, was Alles in diesem zu geschehen hat. Indessen ist es ohnehin hergebracht, bei der Ausschreibung der obigen Termine stets auch, wenigstens im Allgemeinen, die auf denselben vorkommenden Gegenstände zu bezeichnen[3]).

ad B) Die Vorschrift des §. 85 am Schlusse, daß die Berufung der Gläubigerversammlung dann nicht öffentlich bekannt gemacht zu werden braucht, wenn in der Versammlung selbst die Vertagung beschlossen wird, ist eine Ausnahmsbestimmung und darf deshalb nicht analog angewendet werden. Wenn daher z. B. in der am 1. Mai stattfindenden Gläubigerversammlung beschlossen wird, es solle am 15. Mai wieder ein Zusammentritt der Gläubiger stattfinden und in dieser nach Erledigung der noch übrigen Tagesordnung auch über den Verkauf der Immobilien des Gemeinschuldners Beschluß gefaßt werden, so genügt es nicht, daß dieser Berathungsgegenstand in der Versammlung, in welcher die Vertagung beschlossen wurde, publizirt wird, es muß derselbe auch nach §. 90 der KO. öffentlich bekannt gemacht werden.

Da aber dies nicht wohl ohne Bekanntmachung der neu angesetzten Gläubigerversammlung geschehen kann[4]), so ergibt sich auch hieraus, daß die Vorschrift am Schlusse des §. 85 sich nur auf Vertagungen im engeren Sinne, auf Fortsetzung einer Versammlung behufs Erschöpfung ihrer bereits bekannt gemachten Tagesordnung bezieht. (Vgl. oben S. 116).

---

3) Vgl. auch noch die Erläut. zu §. 102 u. 103.

4) Es wird wohl Niemand die Ausschreibung so halten: „In der am 9. Mai beschlossenen wiederholten Gläubigerversammlung soll auch über den Verkauf der schuldnerischen Immobilien Beschluß gefaßt werden.“ Man publizirt eben: „In der auf den 19. Mai angesetzten Gläubigerversammlung“ u. s. w.

c. (bei der Berufung).

Dieser Ausdruck ist nicht wörtlich zu nehmen; es wird sicherlich keine Nichtigkeit der Berathung und Beschlußfassung involviren, wenn z. B. am 1. Mai auf 1. Juni eine Gläubigerversammlung mit der und der Tagesordnung anberaumt ist, und auf Antrag des Verwalters der Richter am 10. Mai öffentlich bekannt machen läßt: „auf der am 1. Juni stattfindenden Versammlung soll auch über den Verkauf der schuldnerischen Fabrik Beschluß gefaßt werden[5])". Dies ergibt sich daraus, daß der **I. E.** §. 96 lautete: „die Gültigkeit der Verhandlungen und Beschlüsse der Gläubigerversammlung hängt von der vorhergehenden Bekanntmachung ihres Gegenstandes ab", und daß die Motive unverändert blieben, sonach die geänderte Fassung offenbar keine materielle Aenderung beabsichtigt haben kann.

Es genügt daher, wenn die Bekanntmachung der Tagesordnung zwar nicht gleichzeitig mit der Berufung der Gläubigerversammlung aber noch rechtzeitig genug geschieht, um den Interessenten zu ermöglichen, wegen der veränderten Tagesordnung an der Versammlung Antheil zu nehmen[6]).

d. (öffentlich bekannt gemacht).

Diese öffentliche Bekanntmachung erfolgt nach §. 68 jedenfalls durch einmaliges Einrücken in das betreffende Blatt; das Gericht kann auch hier mehrmalige Bekanntmachungen und in verschiedenen Blättern anordnen. Dasselbe kann auch Publikationen auf andere Art[7]) verfügen. Daß die Berathungs-Gegenstände für die erste Gläubigerversammlung in den Reichsanzeiger einzurücken sind, ist in §. 103 nicht vorgeschrieben.

---

5) Will man die wörtliche Auslegung indessen vorziehen, wofür vielleicht der Schwierigkeit der Bestimmung, was noch als rechtzeitige Bekanntmachung anzusehen sei, sprechen könnte, so wird eben der Richter, um dem Gesetze gerecht zu werden, in solchem Falle die Versammlung auf den 2. Juni berufen.

6) Es steht ja jedem Gläubiger frei, in der Versammlung Vertagung zu beantragen, wenn er diese Publikation als verspätet erachtet, und wird bei Wahrscheinlichkeit eines Interesse diese Vertagung nicht wohl versagt werden.

7) Das Gericht wird jedoch dies nicht wohl thun, wenn nicht die Berufung der Gläubigerversammlung selbst in einer solchen außergewöhnlichen Weise publizirt wird.

§. 91.

Veto des Gerichtes.

Das Gericht hat die Ausführung[a]) eines von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlusses auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag[b]) des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers[c]) zu untersagen[d]), wenn der Beschluß[e]) dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht[f]).

I. E. — II. E. §. 91. Pr. H. E. — Pr. KO. — B. P. O.

a. (die Ausführung).

Die Gläubigerversammlung ist in ihrer Beschlußfassung unabhängig; der Konkursrichter hat auf dieselbe weder einen Einfluß[1]) zu nehmen noch kann er gefaßte Beschlüsse als nichtig erklären oder deren Fassung verhindern. Ebensowenig aber ist nach dem Gesetze dem Verwalter, dem Gemeinschuldner oder den einzelnen Gläubigern ein Rechtsmittel gegen einen ihnen als beschwerend erscheinenden Beschluß gewährt[2]); der einmal gefaßte Beschluß bleibt bestehen und kann als solcher nur von der Gläubigerversammlung selbst aufgehoben oder abgeändert werden.

So war noch ohne jede weitere Beschränkung der Gläubiger-Majorität der I. Entwurf. Bei den Vorberathungen aber fand man in dieser Gestaltung eine Gefahr und der nun zum Gesetze erhobene II. Entwurf glaubte — wie die Motive (S. 317) sagen — „die majorisirten und die ausgebliebenen Gläubiger nicht ohne besonderen Schutz lassen zu dürfen. Der Schutz kann nur in einem Einschreiten des Gerichtes liegen, allein dieses Einschreiten erstreckt sich nicht auf eine Anfechtung des Beschlusses, sondern es beschränkt sich auf eine Verhinderung des Ausführens der beschlossenen Maßregel. Es ist nothwendig, diesen Unterschied nicht aus den Augen zu lassen, weil er für die rechtliche Beschaffenheit dieser neuen und zu manchem Bedenken Anlaß gebenden Institution von entscheidender Wichtigkeit ist. Der Konkursrichter kann die Gläubigerversammlung

---

1) Mit Ausnahme desjenigen Einflusses, welchen die ihm als sachkundigem Manne und praktischem Juristen in der Regel Seitens des Publikums entgegengebrachte Achtung seinen Rathschlägen und Aeußerungen gewähren wird.

2) Nach der B. PO. Art. 1288 war z. B. eine Beschwerde gegen Verfügungen des Gläubigerausschusses an das Bezirksgericht und das Appellgericht zulässig.

keineswegs (wie ein Obergericht das Untergericht) reformiren; er darf nur zur Wahrung des gemeinsamen Interesses der sämmtlichen Betheiligten in die Verwaltung eingreifen. Die sofort erkennbare hauptsächlichste Folge hievon ist, daß der Konkursrichter niemals eine positive Verfügung an Stelle des in seiner Ausführung verhinderten Beschlusses setzen kann". Ein Beispiel macht dies klar: auf das Haus des Gemeinschuldners bieten der A und der B; der A 100,000 Mark, der B 120,000 Mark, der A will nach Uebernahme des auf dem Hause lastenden Annuitätenkapitals den Rest baar zahlen, der B diesen nur in jährlichen Fristen von 2000 Mark. In der Gläubigerversammlung haben einige Privilegirte zusammen die Majorität und da ihnen natürlich daran liegt, bald zu ihrem Gelde zu kommen und sie (eben als Privilegirte) kein Interesse haben, ob 20,000 Mark mehr oder weniger erlöst werden, so stimmen sie für das Angebot des A, während der Verwalter im Interesse aller Gläubiger den B als Käufer vorzieht und deshalb gegen den Majoritätsbeschluß protestirt. Hier kann nun der Richter zwar sein Veto gegen Ausführung des mit A beschlossenen Kaufvertrages einsetzen und diesen dadurch verhindern; er kann aber nicht den Beschluß im Sinne des beschwerdeführenden Verwalters abändern und verfügen, daß der Vertrag mit B abgeschlossen werde. Vielmehr bleibt eben, wenn nicht eine spätere Gläubigerversammlung das Angebot des B acceptirt, das Haus vorerst unverkauft in der Masse.

b. (in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag).

Diese Bestimmung ist zur Sicherung der Mehrheit getroffen; nur ein sofort nach gefaßtem Beschlusse erhobener Widerspruch kann berücksichtigt werden. Nachträgliche Reclamationen werden nicht beachtet. Hieran kann auch, nachdem das Gesetz keine Ausnahme zuläßt, der Umstand nichts ändern, wenn etwa der Verwalter aus entschuldbarer Ursache an der Anwesenheit in der Gläubigerversammlung verhindert gewesen ist[3]). Es würde noch gefragt werden können, ob es zulässig ist, zum Voraus Widerspruch einzulegen; z. B. in dem lit. a erwähnten Beispiele hätte der Verwalter oder der Gläubiger X, welcher krank ist, schriftlich erklärt, „falls etwa die Mehrheit das Angebot des A annehme und jenes des B ablehne, so rufe er die Intervention des Richters an". Ich bin der Meinung, der Antrag des Gläubigers ist unzulässig, weil er nicht zu den

---

3) Der Konkursrichter wird indessen in solchem Falle auf Vertagung der Versammlung ohnehin zu wirken haben; denn wenn auch die Abwesenheit des Verwalters die Beschlußfassung nicht ungültig macht, verfehlt doch eine derartige Versammlung ihren Zweck.

überstimmten gehört [4]); jener des Verwalters aber hat Gültigkeit; denn da nirgends verboten ist, solche Anträge zu verlesen und der §. 91 nicht das Wort enthält „persönlich in der Gläubigerversammlung gestellter Antrag“, so muß der vom Richter in der Versammlung verlesene Antrag als ein vom Verwalter in der Versammlung gestellter Antrag erachtet werden [5]).

Von Amtswegen, ohne Antrag darf der Richter das Veto nicht einlegen; dagegen wird ihm nicht verwehrt sein, einen gefaßten Beschluß zu kritisiren, dessen Nachtheile für die Gesammtheit hervorzuheben und dadurch einen Antrag zu provoziren.

c. (oder eines überstimmten Gläubigers).

Nur der in der Versammlung anwesende Gläubiger kann gegen einen gefaßten Beschluß Widerspruch erheben, denn der ausgebliebene ist nach der Bestimmung des §. 89 an die Beschlüsse gebunden; er kann deshalb das Veto des Richters nicht anrufen. Eine Stelle der Motive (siehe oben S. 125) bezeichnet zwar die Vorschrift des §. 91 als zum Schutze der „majorisirten und der ausgebliebenen Gläubiger“ eingeführt und man möchte daher glauben, die Intention des Gesetzes sei dahin gegangen, auch den ausgebliebenen das Widerspruchsrecht einzuräumen. Allein das Gesetz spricht ganz klar: nur ein „überstimmter“ Gläubiger [6]) kann protestiren; — der ausgebliebene vermag ja nicht Widerspruch in der Gläubigerversammlung zu erheben.

Das Interesse der abwesenden Gläubiger hat lediglich der Verwalter zu wahren (wie dies auch die Motive am Schlusse der oben zitirten Stelle sagen).

Der Gemeinschuldner hat kein Recht, einen Widerspruch zu erheben; auch sein Interesse hat der Verwalter zu vertreten.

d. (zu untersagen).

Diese „Untersagung“ stellt sich nach meinem Dafürhalten als eine wirkliche richterliche Entscheidung dar [7]). Es ist daher die sofortige Be-

---

4) Vgl. die Erl. zu lit. c.

5) A. M. v. Wilmowski S. 338.

6) Daß derselbe vorher gegen den Antrag, der zum Beschlusse erhoben wurde, gesprochen und sich ihm mit Gründen widersetzt habe, ist jedoch nicht erforderlich.

7) Sie ist daher auch im Protokolle über die Versammlung niederzulegen.

schwerde dagegen zulässig und zwar sowohl von Seite der in der Majorität befindlichen Gläubiger [8]) gegen die Einlegung des Veto, als von Seite des Verwalters und der überstimmten Gläubiger gegen die Ablehnung ihres Antrages auf Einlegung des Veto.

e. (wenn der Beschluß).

Der Entwurf hatte hier den Ausdruck „beschlossene Maßregel"; allein um kund zu geben, daß das richterliche Veto gegen alle Beschlüsse der Gläubigerversammlung, insbesondere auch über die Gebühren der Mitglieder des Ausschusses Platz greife, wurde die Fassung geändert [9]). Man könnte zweifeln, ob auch dann eine richterliche Untersagung zulässig sei, wenn das Gesetz wie z. B. in §. 83 der KO. die Verfügung des Gerichtes ausdrücklich nur dann eintreten läßt, falls eine Einigung der Ausschußmitglieder über die Höhe ihrer Vergütung mit der Gläubigerversammlung nicht erzielt wird. Allein mit Unrecht; auch in diesem Falle kann die Ausführung untersagt, aber natürlich der Beschluß als solcher nicht geändert werden. Z. B. die Gläubigerversammlung beschließt mit Stimmenmehrheit, den fünf Ausschußmitgliedern jedem 200 Mark monatliche Vergütung zu gewähren. Die in der Minderheit befindlichen Gläubiger erachten dadurch die Masse allzusehr geschmälert und eine Vergütung von monatlich 50 Mark als genügend. Hier kann nun der Richter die Auszahlung der beschlossenen 1000 Mark per Monat untersagen; er kann aber nicht sofort die Vergütung nach seinem Gutdünken festsetzen; vielmehr muß er es der Mehrheit überlassen, (entweder im Beschwerdeweg ihre Ansicht zur Geltung zu bringen oder) neuerdings einen Beschluß zu fassen, welcher sein Veto nicht hervorruft [10]).

Daß die Beschlüsse der Gläubigerversammlung über die Wahl eines Gläubigerausschusses dem Veto des Richters nicht unterliegen, ist schon

---

8) v. Wilmowski S. 332 nimmt an, daß im Hinblicke auf die allgemein lautende Fassung des §. 66 Abs. 3 auch ein abwesend gebliebener Gläubiger Beschwerde gegen das Veto ergreifen könne. Die Motive bezeichnen nun zwar den Verwalter als berufen, die Interessen der Nichterschienenen wahrzunehmen, indessen läßt sich denken, daß ein Gläubiger blos deshalb ausblieb, weil er die Majorität gesichert wußte. Ich glaube aber, es findet hier der Satz Anwendung: „Vigilantibus jura". Wer nicht kommt, der hat sich den Schaden selbst zuzuschreiben.

9) K. Prt. S. 70.

10) Schließlich kann es freilich dahin kommen, daß wegen Mangels einer Einigung der Richter selbst die Vergütung festzusetzen hat.

oben zu §. 79 erwähnt. Was die Wahl des Verwalters betrifft, so liegt das Veto in der Vorschrift, daß dieser Wahl vom Richter die Bestätigung versagt werden kann.

f. (dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht).

Das Gesetz hat keine Direktiven gegeben, aus welchen zu entnehmen wäre, in welchen Fällen der Konkursrichter die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung mit Stimmenmehrheit gefaßten Beschlusses untersagen soll. Die Motive sagen: „ein solches Veto wird natürlich in den seltensten Fällen ausgeübt werden.“ Dieser letztere Satz scheint mir sehr beachtenswerth; der Richter wird von der Ueberzeugung ausgehen dürfen, daß die Gläubiger in ihrer Mehrheit ihre Interessen am besten selbst verstehen, er wird sich von der Ausübung einer Art von Obervormundschaft mit aller Entschiedenheit ferne zu halten haben. Im Allgemeinen wird er eher auf den Antrag des Verwalters als auf die, meist singuläre Interessen verfolgenden, Anträge der überstimmten Gläubiger eingehen. Zwei Fälle scheinen mir jene zu sein, in denen er am häufigsten in die Lage kommen dürfte, das Untersagungsrecht zu üben. Einmal nämlich, wenn das Ueberwiegen der Forderungsbeträge einer kleinen Kopfzahl dieser ein allzugroßes Uebergewicht gewährt; setzen wir z. B. den Fall, zwei große, die Mehrheit bereits erreichende Gläubiger sprechen sich für eine Maßregel aus, während dieselbe von fünfzig kleinen Leuten als nachtheilig bekämpft wird. Hier wird der Richter sorgsam zu erwägen haben, ob er nicht schon zur Beruhigung der letzteren von seinem Veto Gebrauch machen solle[11]). Der andere Fall ist, wenn die Privilegirten zufällig die Majorität und nur ihr eigenes Interesse im Auge haben, wie dies das oben lit. a gegebene Beispiel zeigt.

---

11) Aber auch in diesem Falle wird er ohne gewichtige materielle Gründe den Beschluß nicht untersagen, nur um vielleicht thörichten Wünschen Rechnung zu tragen.

V. Der Gemeinschuldner.

§. 92.

Pflicht zur Auskunftsertheilung.

Der Gemeinschuldner[a]) ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichtes[b]) der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse[c]) Auskunft[d]) zu geben[e]).

I. E. §. 95; II. E. §. 92; Pr. H. E. Art. 783 Abs. 5 u. 6; Pr. KO. §. 132 Abs. 5 u. 6; B. Pr. O. Art. 1248.

a. (Der Gemeinschuldner).

Die Stellung des Gemeinschuldners im Konkurse ist in doppelter Weise durch das Verfahren beeinflußt: der Konkurs äußert Wirkungen sowohl auf das Vermögen, wie auf die Person des Ueberschuldeten. Was die ersteren betrifft, so gehören dieselben zum materiellen Konkursrechte und wurden oben im 1. Buche Titel 1 u. 2, besonders bei §. 1 u. 5, dann §. 20 behandelt. Von den Folgen für die Person erwähnt das Gesetz hier am Schlusse des ersten Titels vom Verfahren lediglich diejenigen, welche auf dieses selbst Bezug haben, die rein persönlichen in Folge der Ueberschuldung eintretenden Nachtheile [1]) erwähnt dagegen die Konkursordnung nicht. „In der Aufgabe der Konkursordnung liegt es nicht" — sagen die Motive [2]) — „die Beschränkungen festzusetzen, welchen der Gemeinschuldner auf den verschiedenen Gebieten des bürgerlichen Lebens unterworfen sein soll." Diese sind theils in speziellen Reichsgesetzen getroffen, theils nach dem Landesrechte zu beurtheilen [3]). Zu den ersteren gehören folgende:

1) Das Wahlgesetz für den Reichstag (vom 31. März 1869) [4]) schließt den in Konkurs Befindlichen in §. 3 Nr. 2 von dem aktiven Wahlrechte aus und entzieht ihm in §. 4 die Wählbarkeit.

2) Die Gewerbeordnung (Ges. v. 18. Juli 1881) [5]) bestimmt in §§. 100 Abs. 5 und 100a Abs. 2, daß die gerichtliche Beschränkung in der Ver-

---

1) Nach Römischen Rechte führt die venditio bonorum die Infamie mit sich. §. 1 I. quibus manum. non licet (1, 6). Die früheren Deutschen Reichsgesetze umgekehrt erklärten den schuldlosen Falliten als bemitleidenswerthe Person (vgl. Schweppe, System des Concurses S. 60).

2) Zum II. E. S. 439.

3) Vgl. auch Mandry S. 130 ff.

4) Nordd. BGBl S. 145.

5) RGBl. S. 236.

mögensverfügung (also auch die Verhängung des Konkurses) dem Innungsgenossen das Stimmrecht und die Ehrenrechte innerhalb der Innung entzieht und zur Versagung des Eintrittes in die Innung berechtigt.

3) Das Gerichtsverfassungsgesetz (vom 27. Januar 1877) [6]) erklärt in §. 32 Nr. 3 als unfähig zum Amte eines Schöffen Personen, welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung ihres Vermögens beschränkt sind, also auch den Gemeinschuldner; und in §. 85 Abs. 2 wird dieselbe Vorschrift für das Ehrenamt eines Geschwornen, in §. 113 Abs. 2 für die Ernennung zum Handelsrichter gegeben. Desgleichen kann eine solche Person nach der Rechtsanwalts-Ordnung vom 1. Juli 1878 [7]) §. 5 Ziff. 3 nicht als Anwalt fungiren, und nach dem Gesetze über die Untersuchung von Seeunfällen vom 27. Juli 1877 [8]) §. 10 nicht als Beisitzer des Seeamtes.

Noch weiter [9]) gehende Minderungen der persönlichen Ehrenrechte treffen die Partikularrechte. Sie enthalten fast durchgängig Bestimmungen, welche dem Gemeinschuldner das Recht, für Gemeinde-, Distrikts-, Kreis- und Provinzialvertretungen zu wählen und gewählt zu werden, die Befugniß, als Kirchenvorstand, Mitglied von Gewerbe- oder Handelskammern bestellt zu werden, die Möglichkeit, Handelsmakler [10]), Vormund, Kurator, mitunter auch Notar zu sein, entziehen, ferner den Besuch der Börse verbieten und Aehnliches [11]).

Da indessen diese einzelnen Bestimmungen auf das Konkursrecht sowohl als auf das Konkursverfahren ohne wesentlichen Einfluß bleiben, so kann deren detaillirte Aufzählung hier unterlassen werden [12]).

---

6) RGBl. S. 41.

7) RGBl. S. 177.

8) RGBl. S. 551.

9) Ueber das Preußische Recht vgl. v. Wilmowski, Ausführungsgesetze S. 47.

10) Man hatte ehedem auch wohl die Behauptung aufgestellt, die Handelsbücher eines fallirten Kaufmannes verlören ihre gesetzliche Beweiskraft. Dies ist nach dem A. D HGB. nicht der Fall.

11) Ueber die Beendigung dieser Ehrenminderung siehe unten bei §. 151.

12) Eine interessante und praktisch wichtige Folgerung aus der durch die Konkursverhängung sich ergebenden Ehrenminderung zieht ein Erk. des ROHG. v. 4. Juni 1875 (Entsch. Bd. XVIII S. 24 ff.), indem es die Ganteröffnung über das Vermögen eines technischen Direktors einer bedeutenden Fabrik als „wichtigen Grund" zu seiner Entlassung erklärt. „Nur ein Mann — sagt die Motivirung — der im öffentlichen Leben das volle und ungeschmälerte Ansehen genießt, kann ein zahlreiches Arbeiterpersonal in

b. (auf Anordnung des Gerichts).

Der I. E. (§. 95) ging weiter, er erklärte den Gemeinschuldner verbunden, wie dem Verwalter und dem Gläubigerausschusse, so auch der Gläubigerversammlung jederzeit Rede zu stehen. Daß diese Vorschrift gemildert wurde und im Gesetz die Pflicht zur Aufschlußertheilung Seitens des Gemeinschuldners gegenüber der Gläubigerversammlung nur auf Anordnung des Gerichtes stattfindet, hat nach den Motiven zu dieser Gesetzesstelle [13]) seinen Grund darin, daß der Gemeinschuldner womöglich gegen leidenschaftliche Ausbrüche Seitens der Gläubigerversammlung geschützt werden soll. Wie die Erfahrung zeigt, pflegen die Gläubiger in ihren Versammlungen häufig ihrer Erbitterung gegen den Gemeinschuldner Luft zu machen und es kommt oft zu den heftigsten Scenen, wenn zwischen dem Gemeinschuldner und den Gläubigern unmittelbarer Verkehr stattfindet. In solchen Fällen können Excesse durch die Gegenwart des Konkursrichters allein kaum verhindert werden, sondern es wird nothwendig, daß derselbe über die zu stellenden Fragen das Maß gibt und anordnet, was der Gemeinschuldner zu beantworten hat. Dagegen ergibt sich aus der bezeichneten Ausnahmebestimmung, daß der Gemeinschuldner dem Verwalter und dem Gläubigerausschuß auf deren jedesmaliges Verlangen auch ohne Anordnung des Gerichtes Aufschluß über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse geben muß.

Der I. E. hatte noch das Wort „jederzeit" eingefügt, welches im Gesetze fehlt. Es darf aber hieraus nicht geschlossen werden, daß etwa nur eine einmalige Pflicht zur Auskunftsertheilung bestünde; wohl aber ist aus der Hinweglassung des erwähnten Wortes zu folgern, daß das Gesetz eine billige Rücksicht hinsichtlich der Befragung des Schuldners gewahrt wissen will. Es ist daher der letztere nicht verbunden, zu allen Stunden dem Verwalter und dem Ausschusse sich zur Verfügung zu halten. Diese müssen sich nach den Verhältnissen und der Beschäftigung des Schuldners richten. Es wird deshalb z. B. der Gemeinschuldner, welcher nach ausgebrochenem Konkurse eine Stelle in einem Comptoir gefunden hat, nicht gezwungen werden können, die Auskunftertheilung gerade immer zu den Stunden vorzunehmen, in denen er Dienst hat. Anderseits aber

---

ersprießlicher Weise leiten; nur zu einem solchen kann der Prinzipal das Vertrauen hegen, er werde seine Stellung im vollen Maße ausfüllen, zumal der geschäftliche Verkehr der Fabrik nach außen empfindlich leiden kann, wenn deren technischer Vorstand sich nicht im vollen Genuß der politischen Ehrenrechte befindet."

13) Motive zum II. E. S. 317.

wird ihm natürlich obliegen, auch zu einer ihm persönlich vielleicht unbequemen Zeit, z. B. Mittags oder an Sonntagen die gewünschten Auskünfte zu geben.

In der Regel wird die Auskunft mündlich ertheilt werden; zu diesem Behufe muß aber nicht Verwalter und Ausschuß zum Gemeinschuldner gehen, sondern letzterer kann (wie sich aus dem Ausdrucke „er ist verpflichtet" ergeben dürfte) vorgeladen werden und muß sich da einfinden, wohin er zitirt wird [14]). Ist eine schriftliche Auskunft thunlich, so wird dem Schuldner nicht verwehrt sein, diesen Weg einzuschlagen; in manchen Fällen wird der Verwalter und der Ausschuß sogar eine solche verlangen können, z. B. wenn es sich um Aufmachung von Bücherauszügen, Aufstellung einer Bilanz u. s. w. handelt.

Daß zur „Auskunftertheilung" auch die Vorlage der Belege gehört, versteht sich von selbst; daher der Gemeinschuldner die Pflicht hat, die zur Aufklärung der das Verfahren betreffenden Verhältnisse dienlichen Urkunden, Geschäftsbriefe, Verzeichnisse u. s. w. auf Verlangen vorzulegen.

c. (über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse).

Nicht eine allgemeine Pflicht, über Alles, um was er befragt wird, Auskunft zu ertheilen, gleichsam einen generellen Zeugnißzwang statuirt das Gesetz gegen den Gemeinschuldner. Ueber dasjenige, was auf das Konkursverfahren keinen Bezug hat, braucht er dem Verwalter, dem Ausschusse und auch der Gläubigerversammlung keine Antwort zu geben. Indessen ist der Ausdruck „Verfahren" hier im weiteren Sinne zu verstehen, indem darunter nicht blos die im zweiten Buche der Konkursordnung unter der Ueberschrift „Konkursverfahren" in §. 64—108 erwähnten Verfügungen, Beschlüsse und sonstigen Verhandlungen des Gerichtes, des Konkursverwalters, des Gläubigerausschusses, der Gläubigerversammlung und des Gemeinschuldners zu verstehen sind, sondern auch alles Dasjenige, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens und zur Abwehr der gegen dasselbe gerichteten Ansprüche und Angriffe dienlich sein kann. Hiezu gehört insbesondere auch die Ertheilung der nöthigen Information zur Beitreibung der Aktivausstände und zu Einwendungen gegen die angemeldeten Forderungen und gegen die Forderungen an die Konkursmasse selbst, sowie die Herbeischaffung

---

14) Natürlich nur an dem Orte, wo er wohnt. Reisen zu machen behufs Aufschlußertheilung, was allerdings mitunter nothwendig sein mag (z. B. wenn es sich um Aufschlüsse über ein an einem anderen Orte gelegenes Etablissement handelt), kann ihm wohl nur zugemuthet werden, wenn ihm die Kosten dazu vorgeschossen sind.

und Ablieferung aller zu diesen Handlungen erforderlichen Urkunden und sonstigen Behelfe.

Die Grenzen sind hiebei nicht zu enge zu ziehen; so wird man z. B., obwohl Stamm- und Fideicommißgüter nicht zur Konkursmasse gehören, doch vom Gemeinschuldner Auskünfte über den Stand derselben verlangen dürfen, theils wegen der in den Konkurs zu ziehenden Rente, theils aus anderen Gründen [15]). Der Gemeinschuldner wird sich ebenso der Pflicht nicht entziehen dürfen, über seine ehelichen Rechtsverhältnisse und über das Vermögen seiner Ehefrau und seiner Kinder Aufschluß zu ertheilen [16]). Im Allgemeinen wird man eher für als gegen die Pflicht zur Auskunft vermuthen dürfen.

d. (Auskunft).

Nur zur Auskunft verpflichtet das Gesetz den Schuldner; „einige Gesetzgebungen" — sagen die Motive — „gehen noch weiter, indem sie eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu persönlichen Dienstleistungen bei der Liquidation der Masse statuiren [17]); hierin dürfte jedoch eine mit den modernen Rechtsanschauungen unvereinbare Erweiterung der Gläubigerrechte liegen". Daß der Gemeinschuldner auch nicht gehalten ist, Urkunden für die Masse auszustellen, Wechselunterschriften zu geben u. s.w., ist bereits bei der Erläuterung des §. 5 angeführt worden. (Vergl. Abth. I S. 129.)

e. (zu geben).

I. Was sind die Folgen, wenn der Schuldner sich weigert? Vor Allem wird nicht zu bezweifeln sein, daß derselbe, wenn er glaubt, der Verwalter oder der Ausschuß verlange Unbilliges von ihm, sich an den Richter wenden und wenn der Konkursrichter ihm Unrecht gibt [18]) oder wenn dieser ihn nach seiner Meinung mit Ungrund zur Aufschlußertheilung

---

15) Wenn nämlich hievon die Entscheidung abhinge, ob man diesen oder jenen Bestandtheil zur Masse zu ziehen versuchen soll, und jedenfalls ist der Stand dieses Vermögenstheiles von Einfluß auf die dem Gemeinschuldner und seiner Familie zu bewilligenden Subsistenzmittel.

16) Kann er auch angehalten werden, über Aussichten auf künftigen Erwerb Auskunft zu geben, z. B. über seine Erbaussichten u. s. w.? Ich glaube nicht, da der zukünftige Erwerb vom Konkursverfahren nicht berührt wird. Nur darf er, wenn er sich weigert, auch auf Alimentation keinen Anspruch erheben.

17) Frankreich, England, Belgien und auch Oesterreich.

18) Gibt ihm der Richter Recht, so können sich der Verwalter und der Ausschuß gleichfalls beschweren.

an die Gläubigerversammlung anhalten will, Beschwerde bei dem Oberrichter erheben kann [19]). Auch das ist (s. unten S. 157) nicht zu bestreiten, daß der Weigerung des Gemeinschuldners mit Haftnahme desselben begegnet werden darf.

Wenn er aber auch durch die Gefangenhaltung nicht zur Ertheilung der Auskunft zu bewegen ist? Hier muß unterschieden werden. Handelt es sich um Aufklärungen im engeren Sinne, also um Aufschlüsse über Vorgänge und Gegenstände, so müssen sich Verwalter, Ausschuß und Gläubigerversammlung bei hartnäckiger Weigerung des Schuldners eben ohne dieselben behelfen. Anders, wenn die Aufklärung in einer „Erklärung" besteht. Wenn z. B. der Gemeinschuldner sich gegenüber der Rechnungsablage des Verwalters in Schweigen hüllt und jede Aeußerung darüber verweigert, so gilt dieselbe nach §. 78 als anerkannt [20]). Ebenso wird der Gemeinschuldner, wenn er die ihm nach §. 123 vom Verwalter gemachte Mittheilung ignorirt, als dem Verwalter zustimmend erachtet werden müssen. Gibt endlich im Prüfungstermine der Gemeinschuldner die ihm nach §. 129 obliegende Erklärung nicht ab, so wird angenommen werden müssen, daß er weder gegen die angemeldeten Forderungen noch gegen die beanspruchten Vorzugsrechte eine Erinnerung habe.

In so weit, aber auch nur in so weit, ist es richtig [21]), daß, im Falle der Gemeinschuldner eine ihm gesetzlich gebotene Erklärung verweigert, er als dem Verwalter zustimmend anzusehen ist. Bei bloßen Aufschlüssen kann zwar im Falle ihrer Verweigerung von Seite des Gläubigers so vorgegangen werden, als wäre die Ansicht des Verwalters richtig; allein eine rechtliche desfallsige Fiktion gegen den Schuldner läßt sich nicht begründen.

II. Der I. E. hatte noch das Wort „getreulich" beigesetzt. Obwohl dieses im Gesetze fehlt, ist doch selbstverständlich, daß der Schuldner nicht blos zur Auskunftertheilung überhaupt, sondern zur getreuen, richtigen, sorgfältigen Auskunft verpflichtet erscheint.

Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß, wenn auch der Gemeinschuldner Auskunft ertheilt hat, diese aber, wie es öfters vorkommt, hinterher als falsch oder unvollständig sich herausstellt, die im Gesetze angedrohte

---

19) Hat diese letztere Suspensiveffekt? Ich glaube, ja, im Hinblick auf §. 535 und §. 355 der Civ.-Pr.-O., da letzterer auch auf diese Art von Zeugniß anzuwenden sein dürfte.

20) Der I. E. hatte in §. 95 Abs. 2 diesen Satz ganz allgemein hingestellt, die Motive aber ihn entsprechend erklärt.

21) Hier heißt es eben: „Keine Antwort ist auch eine Antwort."

Haft eben so gut einzutreten hat [22]), als wenn er die Auskunftertheilung überhaupt verweigert, weil die Ertheilung wissentlich unrichtiger Auskünfte oder solcher Auskünfte, von welchen der Schuldner bei gehöriger Sorgfalt hätte ermitteln können, daß dieselben unrichtig sind, ebenso eine Verletzung der ihm vom Gesetz auferlegten Pflichten ist wie die gänzliche Verweigerung der Auskunft. Es muß in dieser Hinsicht ohne Zweifel auch für den Gemeinschuldner eine Vertragspflicht angenommen werden und auf diese die analoge Anwendung der §§. 74 und 81 der KO. Platz greifen, welche dem Konkursverwalter wie auch dem Gläubigerausschusse die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters auferlegen, indem der Grund und Zweck dieser Gesetzesbestimmungen auch bei dem Gemeinschuldner hinsichtlich der ihm durch das Gesetz auferlegten Pflichten zutrifft [23]).

---

§. 93.

Verbot der Entfernung vom Wohnorte. Zwangsmittel.

Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubniß des Gerichts entfernen [a]).

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung [b]) und nach Anhörung des Gemeinschuldners die Haft [c]) desselben anordnen, wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse nothwendig erscheint [d]).

I. E §. 96; II. E. §. 93; Pr. H. E. Art. 739 und 790; Pr. KO. §. 138 und 139; B. Pr. O. Art. 1231.

a. (entfernen.)

Das Wort „entfernen“ drückt ebensowohl das Verlassen des Wohnortes auf kurze Zeit mit der Absicht dahin zurückzukehren, als die dauernde

---

22) Denn die Haft ist auch „Strafmittel“; vergl. den folgenden Paragraphen.

23) Dieser Punkt ist in der Praxis von großer Wichtigkeit, denn es lehrt die Erfahrung, daß es den Gemeinschuldnern in der Regel sehr gleichgültig ist, ob ihre Gläubiger etwas bekommen, daß vielmehr im Gegentheile die Gemeinschuldner in der Regel darauf ausgehen, den Gläubigern möglichst viel zu entziehen, um solches dann später, „wenn der Sturm vorüber ist“, für sich selbst einzuheimsen; dieses gilt namentlich von ausstehenden Aktivforderungen, bei welchen der Gemeinschuldner nur zu gerne im Stillen mit den betreffenden Schuldnern abhandelt und denselben Nachlässe oder Stundungen 2c. gewährt, damit sie stillschweigen.

Veränderung des Wohnortes überhaupt aus. Beides ist dem Gemeinschuldner verboten. Der Zweck dieser Bestimmung ist, daß der Gemeinschuldner verhindert werde, sich der Erfüllung der ihm während des Verfahrens obliegenden Verpflichtungen willkürlich zu entziehen. Daraus folgt, daß eine Entfernung, welche offenbar nie zu dieser Folge führen kann, vom Gesetze nicht verhindert werden will. Es wird Niemanden einfallen, dem Gemeinschuldner zu verbieten, Nachmittags eine Partie an einen nahe gelegenen Vergnügungsort zu machen und dergleichen. Dagegen wird der Schuldner gut thun, wenn er auch nur einige Tage verreisen will, dieses dem Gerichte anzuzeigen, damit er sich nicht Unannehmlichkeiten aussetzt, wenn man seiner bedarf und ihn nicht findet. Denn daß derselbe, wenn er sich gleichwohl ohne Erlaubniß des Gerichtes entfernt, zwangsweise vorgeführt und in Haft genommen werden kann, ist nach Abs. 2 des §. 93 außer Zweifel.

Das Verbot ist indeß nicht ein absolutes, das Gericht kann die Erlaubniß zum vorübergehenden und bleibenden Aufenthalte an einem anderen Orte ertheilen. Die Motive [1]) bemerken (und es liegt darin eine gute Direktive für das Ermessen des Richters): es seien gleichmäßig die Interessen der Masse wie der Anspruch des Gemeinschuldners auf die Ausbeutung seiner Arbeitskräfte zu berücksichtigen und demselben die Freiheit seiner Bewegung nicht länger vorzuenthalten, als dies absolut nothwendig erscheine.

Daß die Erlaubniß des Gerichtes für den Schuldner durch dringende Ursachen nicht ersetzt wird, ist nicht zu bestreiten [2]). Es könnte aber die Frage entstehen, ob das Gericht dem Gemeinschuldner die Erlaubniß zur Entfernung auch dann versagen kann, wenn derselbe die Einwilligung sämmtlicher Gläubiger und des Konkursverwalters beibringt. Ich glaube, daß diese Frage zu b e j a h e n ist, weil der Abs. 1 des §. 93 u n b e d i n g t die Erlaubniß des Gerichtes vorschreibt, worin also auch die Befugniß des letzteren liegt, die Erlaubniß unbedingt zu versagen, wenn auch die Gläubiger und der Konkursverwalter die Entfernung erlauben. Die unbedingte Fassung des Gesetzestextes hat wohl auch ihren guten Grund, welcher

---

1) Zum I. E. S. 26 u. 27.

2) Es steht nicht beim Schuldner zu bemessen, ob seine Entfernung nothwendig ist oder nicht; er hat auch in dringenden Fällen selbst oder durch einen Stellvertreter (seine Frau, einen Angehörigen, — es muß nicht ein Rechtsanwalt sein) diese Erlaubniß zu erholen. Als Entschuldigungsgrund gegen die Haftnahme kann er aber allerdings eine solche Unverschieblichkeit der Abreise auch nachträglich noch geltend machen.

darin liegen dürfte, daß man vor gänzlicher Beendigung des Konkurses nicht wissen kann, ob nicht noch Nachliquidationen kommen oder nachträglich Vermögensbestandtheile zur Anzeige gelangen, in welchen Fällen, sowie auch in ähnlichen die Vernehmung des Gemeinschuldners zur Aufschlußertheilung nothwendig werden kann. Eine bestimmte Regel läßt sich hierüber nicht aufstellen, und eben deßhalb hat der Gesetzestext die Entfernung des Gemeinschuldners von seinem Wohnort ohne Erlaubniß des Gerichtes unbedingt verboten.

b. (die zwangsweise Vorführung).

Die Vernehmung des Schuldners hat das Gesetz nur als Vorbedingung vor Anordnung der Haft vorgeschrieben, nicht aber vor der zwangsweisen Vorführung. Diese kann ohne Weiteres verfügt werden. Die Vollstreckung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, welcher im Nothfalle wohl auch polizeiliche Sicherheitsorgane zur Hülfe nehmen darf.

Das Wort „Vorführung" ist übrigens nicht buchstäblich zu nehmen; der Gerichtsvollzieher wird nur in den seltensten Fällen den Gemeinschuldner durch die Straßen (etwa gar gefesselt) führen dürfen. Die billige Rücksicht gebietet, die Vorführung ohne persönliche Belästigung (allenfalls durch Droschke) zu bewerkstelligen.

c. (Haft).

I. Die Haftung findet theils zur Sicherung[3]), theils als Zwangsmittel und theils als Strafe statt[4]). Zur Sicherheit, wenn nach den Umständen zu besorgen ist, daß der Schuldner seine Freiheit mißbrauchen werde, um Vermögensstücke zu verschleppen, Aktivausstände einzuziehen, mit einzelnen Gläubigern oder mit anderen Personen nachtheilige Kollusionen vorzunehmen oder auf sonstige Weise die Ausmittelung und Flüssigmachung der Masse zu verhindern oder zu erschweren. Als Zwangsmittel aber findet die Haft statt, um den Schuldner zur Auskunftsertheilung zu nöthigen. Als Strafmittel, wenn derselbe sich unbefugter Dispositionen

---

3) Es ergibt sich die Frage, ob der Sicherungsarrest nur durch Haft und nicht auch durch die in §. 812 der Civ.-Pr.-O. erwähnten anderweitigen Maßregeln (z. B. durch Ueberwachung, Beschlagnahme der Legitimationspapiere u. s. w.) erfolgen könne. Obwohl der §. 93 der KO. nur die Haft erwähnt, bezweifle ich doch nicht, daß der Richter auch die geringere Beschränkung der freiheitlichen Bewegung anordnen kann. Nur darf sie nicht besondere Kosten verursachen und muß auch Aussicht auf Erfolg bieten, was bei der jetzigen Paßfreiheit von der Beschlagnahme der Legitimationspapiere kaum zu erwarten ist.

4) Vgl. Motive zum II. E. S. 318.

über Vermögensobjekte der Masse, oder Behinderungen des Verwalters schuldig gemacht hat.[5])

II. Hinsichtlich der Art und Weise der Haft[6]), insbesondere hinsichtlich der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit[7]) der Anordnung[8]), der Art der Vollstreckung[9]) und der Dauer derselben[10]) kommen gemäß §. 65 der KO. die allgemeinen Vorschriften der Civilprozeßordnung über Personalhaft (§. 780 u. ff.) zur Anwendung[11]). Die Kosten der Haft sind, gemäß §. 51 Ziff. 1 der KO., als Massekosten zu behandeln.

Wenn der Gemeinschuldner sich der Haft durch die Flucht entzieht oder sonst unbekannten Aufenthaltes ist, so ist es selbstverständlich, daß seine Verfolgung und Einbringung nach denjenigen Vorschriften zu geschehen hat, welche über die Verfolgung und Einbringung flüchtiger Angeschuldigter oder Sträflinge bestehen, weil die Konkurs-O. kein anderes Vollzugsmittel enthält und die Haftverfügung doch auch nicht illusorisch bleiben darf.

III. Es könnte noch die Frage entstehen, ob die im §. 792 der Civ.-Pr.-O. vorgeschriebene Vorschußleistung für die Kosten der Haft und Verpflegung auch im Konkursverfahren Anwendung findet, und wer im Bejahungsfalle diese Kosten vorzuschießen hat, wenn noch keine Baarschaft in der Konkursmasse vorhanden ist, wie dieses sehr häufig, ja fast in der

---

5) Hiezu gehört, wie oben erwähnt, auch eine unrichtige Auskunftsertheilung, denn dadurch wird der Verwalter offenbar in den ihm obliegenden Handlungen verhindert.

6) Die besonderen Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Haft zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen (§. 773—775 der Civ.-Pr.-O.) finden (nach den Motiven) im Konkursverfahren keine Anwendung. Wohl aber ist es den Gläubigern unverwehrt, soweit Spezialprozesse zulässig, die Vollstreckung gegen den Schuldner auch in dieser Weise zu erwirken.

7) Nach §§. 785 u. 786 der Civ.-Pr.-O. ist die Haft unstatthaft gegen Reichstagsmitglieder und mobile Militärpersonen und Schiffer, nach §. 787 gegen Kranke.

8) Die Anordnung geschieht nach §. 789 der Civ.-Pr.-O. mittels Haftbefehles, in welchem die Konkurssache, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen ist.

9) Nach §. 788 des Civ.-Pr. muß das Haftlokal ein gesondertes sein und die §. 790, 791 u. 793 regeln näher den Vollzug.

10) Die Dauer beträgt nach §. 794 der Civ.-Pr.-O. volle sechs Monate.

11) Bei der Berathung des §. 93 der KO. wurde (vgl. K. Prt. S. 70) die Frage angeregt, ob es sich nicht empfehle, diejenigen Bestimmungen im Gesetze zu bezeichnen, welche im Konkursverfahren Anwendung zu leiden hätten. Allein der Regierungsvertreter bezeichnete dies als zu schwierig.

Regel der Fall ist, da beim Beginne des Konkursverfahrens noch nichts versilbert ist und auch bei dem Gemeinschuldner nur selten Geld zu finden sein wird, wenigstens so viel, als zur Bestreitung der Haft- und Verpflegungskosten für die Zeit von einem Monat (§. 792 der Civ.-Pr.-O.) erforderlich ist. Dem Konkursverwalter kann die Vorschußleistung ex propriis unmöglich zugemuthet werden, ebensowenig dem Gläubigerausschuß und am allerwenigsten dem Gerichte. Es wird sich auch schwerlich bei irgend einem Gerichte ein Fonds [12]) für dergleichen Ausgaben befinden. Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Vorschußleistung kann im bezeichneten Falle auch nicht gemacht werden, weil das Gesetz eine solche Ausnahme nirgends enthält, und auch den Schuldgefängniß-Anstalten kann nicht zugemuthet werden, den Gemeinschuldner gleichsam auf Kredit so lange zu verpflegen, bis eine Masse-Baarschaft flüssig wird. Es wird also im gedachten Falle nichts Anderes übrig bleiben, als daß alsdann die Haft unterbleibt [13]), wenn nicht etwa von einem oder mehreren Gläubigern, welche ein besonderes Interesse daran haben, die Kosten vorgeschossen werden. Eine Verhaftung im öffentlichen Interesse und in Folge hievon eine Verpflichtung der Gefängnißanstalt, den Gemeinschuldner wenigstens vorläufig zu verpflegen, bis eine Masse-Baarschaft flüssig wird, kann nicht angenommen werden, weil eine Gleichheit der ratio legis zwischen den Untersuchungs- und Strafkosten und den Schuldgefängnißkosten doch nicht in solchem Grade vorhanden ist, daß hier eine analoge Ausdehnung des Gesetzes gerechtfertigt wäre.

IV. Der §. 93 Abs. 2 sagt: „das Gericht kann die Haft anordnen", der §. 782 der Civ.-Pr.-O.: „das Gericht hat auf Antrag die Haft anzuordnen." Hieraus ergibt sich, daß einestheils im Konkursverfahren der Richter selbst eine diskretionäre Befugniß zur Verfügung des Personalarrestes besitzt, und keineswegs gebunden ist, die Haft zu verhängen [14]), auch wenn der Gemeinschuldner die ihm vom Gesetze auferlegten Pflichten

---

12) Nach der Pr. Instruktion von 1855 (§. 14) mußten die Kosten aus dem zu baaren Auslagen in Parteisachen bestimmten Fonds vorgeschossen werden und wurden als Gerichtsgebühren mit den übrigen Kosten des Verfahrens liquidirt.

13) Die obige Preuß. Instruktion dagegen bestimmte: „Die Haft darf wegen etwaigen Mangels an Kostenvorschuß nicht ausgesetzt oder unterbrochen werden", was nunmehr auf Grund des §. 792 des Civ.-Pr. kaum mehr zutreffend sein würde.

14) Ob auch nicht im Falle des §. 115, vgl. die Erläuterung hiezu.

nicht erfülle[15]). Anderseits aber ergibt sich, daß das Gericht die Haft jederzeit auch von Amtswegen verhängen kann[16]). Es ist aber wohl auch zulässig, daß hierauf ein Antrag des Verwalters oder eines Gläubigers gestellt werde[17]). Erfolgt Seitens des Richters die Zurückweisung, so sind die Antragsteller zur Beschwerdeführung berechtigt. Daß der Schuldner gegen die Verhängung der Haft Beschwerderecht hat, ist unzweifelhaft, nur wird dem Rechtsmittel eine aufschiebende Wirkung nicht beizulegen sein[18]). Aber auch dem Konkursverwalter und den Gläubigern wird gegen die Verfügung der Haft insoferne ein Beschwerderecht nicht abgesprochen werden können, als diese Maßregel Kosten verursacht.

Die verhängte Haft kann sowohl von Amtswegen, als auch auf Antrag des Schuldners (gegen dessen Abweisung Beschwerde statt hat) stets wieder aufgehoben, wenn sich aber dann die Verhältnisse ändern, auch von Neuem verfügt werden[19]).

---

15) Es müssen freilich besondere Gründe vorliegen, in diesem Falle die Maßregel zu unterlassen (z. B. wenn der Richter die Ueberzeugung hat, daß die Nichterfüllung nicht in bösem Willen, sondern in Unmöglichkeit begründet ist). Aus bloßer Begünstigung oder Milde darf der Richter niemals gleichsam eine Gnade üben.

16) Dies folgt auch aus §. 98; in dem hier supponirten Falle wäre ein Antrag nicht möglich.

17) Die Bayr. Pr.-O. hatte in Art. 1231 dieselbe Fassung, welche indessen den Kommentator Wernz (S. 886) zu der Auslegung führte: „Die Verfügung der Haft erfolgt immer nur von Amtswegen, und dürfen daher bezügliche Anträge der Gläubiger einfach als unstatthaft zurückgewiesen werden. Derselben Ansicht für die KO. sind Fitting §. 33 Note 7; Meisner S. 266; Petersen S. 333, welche eben deshalb auch eine Beschwerde gegen Abweisung des Antrages nicht zulassen wollen. Mit mir überein stimmen v. Sarwey S. 574 und v. Wilmowski S. 340.

18) Dies folgt aus dem §. 535 der Civ.-Pr.-O., weil unter den darin als Fälle der aufschiebenden Wirkung aufgeführten Paragraphen die auf Haft des Schuldners bezüglichen sich nicht befinden.

19) Der Verwalter und die Gläubiger haben ebenfalls das Recht, die Aufhebung der Haft jederzeit zu beantragen, sie können auch durch Unterlassung weiteren Kostenvorschusses die Haft zu Ende bringen. Ist dieselbe auf diese letztere Art aufgehoben worden, so kann sie nach §. 792 der Civ.-Pr.-O. nicht mehr erneuert werden. Dagegen wird auf den ersten Fall (Entlassung auf Antrag) wegen der im Konkurse dem Richter eingeräumten Befugniß, von Amtswegen mit Haft vorzugehen, der §. 792 nicht wohl analog angewendet werden können.

d. (wenn es zur Sicherung der Masse nothwendig erscheint).

Ein Hauptfall der Anwendung dieser Maßregel ist dann gegeben, wenn der Konkurs im Inlande eröffnet wurde und der Gemeinschuldner Vermögen im Auslande besitzt, welches von den Wirkungen des inländischen Verfahrens nicht betroffen wird [20]). In diesem Falle ist nämlich mit Grund zu besorgen, daß der Gemeinschuldner, wenn er in Freiheit belassen wird, diese benutzt, um sich in das Ausland zu begeben und sein Vermögen rasch in Sicherheit zu bringen. Ist dagegen dieses Vermögen in Folge von Jurisdiktionsverträgen der Beschlagnahme wegen des eröffneten Konkurses im Inlande gleichfalls unterworfen, so fällt der Anlaß zum Sicherungsarreste auf Grund des §. 2 des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1868 [21]) hinweg, weil derselbe hienach nur stattfinden soll, falls er als das geeignete Mittel erscheint, um die Herbeischaffung des ausländischen Vermögens durch den Schuldner zu bewirken, was unter obiger Voraussetzung nicht der Fall ist [22]). Ebendeshalb kann aber auch die Haft des Gemeinschuldners nach Konkursrecht unter solchen Umständen nicht unumgänglich geboten sein.

---

20) Wenn z. B. keine Staatsverträge in Mitte liegen, vgl. Abth. I S. 119 u. 120.

21) Nordd. BGBl. S. 237.

22) Wernz, Kommentar zur Bayer. Pr.-O. S. 886.

Zweiter Titel.

Eröffnungsverfahren.

Unter dem „Eröffnungsverfahren" versteht die Konkursordnung diejenige Thätigkeit des Gerichtes, durch welche die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners amtlich anerkannt und daraufhin die Maßnahmen angeordnet werden, welche für gleichmäßige gemeinsame Befriedigung aller Gläubiger die erste Voraussetzung bilden.

Hienach handelt der zweite Titel von der Beantragung des Konkursverfahrens, von der Voraussetzung hiezu und deren Ermittlung (§. 94—97); dann von den provisorischen Sicherungsmaßregeln (§. 98) und von dem Eröffnungsbeschlusse sammt seinen unmittelbaren Folgen (§. 99—106).

Schon aus dieser Uebersicht ergibt sich, daß das neue Gesetz das früher sogenannte präparatorische Verfahren auf ein Minimum beschränkt hat, worin ich einen der bedeutendsten Fortschritte erblicke.

---

§. 94.

Voraussetzung der Konkurseröffnung.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit[a]) des Gemeinschuldners voraus[b]).

Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung[c]) erfolgt ist.

I. E. §. 100; II. E. §. 94; Pr. H. G. Art. 766 fg.; Pr. KO. §. 322; B. Pr. O. Art. 1173.

a. (Zahlungsunfähigkeit).

Nach Gemeinem Recht[1]) und nach der Praxis der Gerichte, sowie auch in fast allen auf gemeinrechtlicher Grundlage erlassenen Partikular-

---

1) Vgl. die Motive zum I. E. S. 34 ff.

gesetzen wurde bisher die Konkurseröffnung von dem Nachweise der Vermögensunzulänglichkeit oder des Zustandes der Ueberschuldung abhängig gemacht[2]), weil man von der Ansicht ausgegangen war, daß nur ein solcher Zustand ein für den Schuldner und in vielfacher Hinsicht auch für dessen Gläubiger so verhängnißvolles Verfahren, wie die Gant ist, rechtfertigen könne, ein Verfahren, welches den Schuldner aller seiner Dispositionsbefugnisse entsetzt, das ganze Vermögen desselben ergreift und jeden Gläubiger zur Theilnahme an der gemeinsamen Liquidation nöthigt, der nicht das leere Nachsehen haben will. Die Deutsche Konkursordnung hat jedoch im §. 94 das entscheidende Merkmal nicht in die Vermögensunzulänglichkeit oder Ueberschuldung gelegt, sondern in die Zahlungsunfähigkeit[3]). Es kann leicht vorkommen und laut Erfahrung kommt es auch oftmals vor, daß eine Gegenüberstellung der vorhandenen Vermögensobjekte und bezw. des Werthes derselben mit dem Betrage der anerkannten oder festgestellten oder auch nur wahrscheinlichen Schulden auf den ersten Blick ein Uebergewicht der Schuldenmasse über die Vermögensmasse ergibt, daß aber dieses Uebergewicht wieder verschwindet, wenn lediglich die Bezahlung der bereits verfallenen Schuldposten in Frage kommt, indem der Schuldner bis zu der Zeit, zu welcher die anderen Posten fällig werden, durch neue Erwerbe oder durch sonstige ihm günstige Ereignisse u. s. w., oft auch durch Erlangung von Kredit in den Stand gesetzt wird, seine Vermögensverhältnisse wieder zu ordnen und dauernd zu befestigen[4]). In diesem Falle wäre es ungerecht und

---

2) Auch noch in der Pr. KO. und der B. Pr. O.

3) Ausnahmen finden statt nach §. 193 Abs. 1, §. 195 Abs. 1 und §. 203 der KO.

4) Das Prinzip, von welchem die Konkursordnung ausgeht, ist so wichtig, daß es wohl gerechtfertigt erscheint, ausnahmsweise für dasselbe auch die legislativen Gründe aufzuführen, welche in den Motiven mit bewundernswerther Schärfe und nach meinem Dafürhalten auch in ganz vorzüglicher Form enthalten sind. Es heißt hier: „Der Konkurs hat es nur mit den persönlichen Gläubigern zu thun. Diese aber haben einen direkten Anspruch nicht an das Vermögen, sondern nur an die Person ihres Schuldners. Was sie zu fordern haben, ist Befriedigung; ob sie diese aus den eigenen Mitteln des Gemeinschuldners erlangen oder vermöge des demselben noch zustehenden Kredites, ist für sie unerheblich. Kredit ist im Verkehrsleben Vermögen. Hieraus ergibt sich zweierlei. Einmal für den Gemeinschuldner: solange derselbe seinen Verbindlichkeiten nachkommt, hat Niemand das Recht, in seine Verhältnisse sich einzudrängen, ihn aus dem Besitz zu setzen und seine produktive Thätigkeit zu unterbrechen. — Umgekehrt aber und zweitens kann den andringenden Gläubigern nicht damit

unbillig nicht nur für den Schuldner, sondern auch für die mit keiner Sicherheit versehenen Gläubiger, wegen des bloßen Vorhandenseins von Schulden, welche noch gar nicht fällig sind, und welche bis zur Verfallzeit möglicherweise bezahlt werden, das ganze Vermögensgebäude des Schuldners niederzureißen. Auch ist es in den meisten Fällen gar nicht möglich, auf plötzlichen Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers augenblicklich festzustellen oder auch nur wahrscheinlich zu machen, ob eine Ueberschuldung wirklich vorhanden ist, indem hiezu eine genaue Prüfung des Werthes aller Vermögensobjekte und Schulden erforderlich ist, welche ohne entgegenkommende Mitwirkung des Schuldners oder ohne Zuhülfenahme bedenklicher Fiktionen und Vermuthungen in den meisten Fällen kaum zu erlangen sein würde. Freilich ist in dem Falle, wenn die Vermögensunzulänglichkeit oder Ueberschuldung in der Art nachgewiesen oder wahrscheinlich gemacht wird, daß daraus hervorgeht, es könne auch dann, wenn die sämmtlichen Vermögensobjekte sogleich oder in kurzer Zeit zu Geld gemacht würden, der Schuldner dennoch nicht alle seine Schulden oder wenigstens nicht alle schon verfallenen bezahlen, allerdings die Gefahr vorhanden, daß durch Theilzahlungen die Rechte der anderen Gläubiger benachtheiligt werden. Allein dann wird auch in der Regel unzweifelhaft zugleich die Zahlungsunfähigkeit eben durch die Vermögensunzulänglichkeit oder Ueberschuldung äußerlich sichtbar oder erkennbar[5]) werden. Es genügt also zur Konkurseröffnung — wenn auch eine objektive Vermögensunzulänglichkeit nicht nachgewiesen oder wahrscheinlich gemacht wird — vollkommen, wenn nur nachgewiesen ist, daß der Schuldner nicht zahlen kann, was er im Augenblicke zu zahlen hat[6]); es

---

gedient sein, daß ihr Schuldner ein selbst wohlhabender Mann ist, wenn derselbe nicht die Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden herbeizuschaffen vermag." In derselben Weise spricht sich das Erk. des RG. vom 11. Januar 1881 (Entscheid. Bd. VII S. 195) aus: „So lange der Schuldner seine Gläubiger befriedigt, sei es mit eigenen Mitteln, sei es vermöge des ihm noch zustehenden Kredits, ist er zahlungsfähig, wenn auch bei gleichzeitigem Andringen aller seiner Gläubiger sein Vermögen nicht zu deren vollständiger Befriedigung ausreichen würde.

5) Daß ein solcher materiell Ueberschuldeter Kredit findet und mit dessen Hülfe zahlt, ist ein casus rarissimus.

6) Obwohl das frühere Bayrische Recht gleichfalls die Vermögensinsuffizienz als Voraussetzung der Konkurseröffnung ansah, sagt doch schon Kreittmayr in den Annotationen ad. Cod. jud. Cap. XIX §. 3: „Mancher denkt, es sei mit der Ediktalcitation erst dann Zeit, wenn der Schuldner schon über die Ohren verschuldet ist, allein das ist eben nicht nöthig.

ist nicht erforderlich, darzuthun, daß er auch dann nicht im Stande wäre, alle seine Schulden, sowohl die bereits verfallenen, als auch die noch nicht fälligen, zu bezahlen, wenn sein ganzes Aktivvermögen sogleich oder in kurzer Zeit zu Geld gemacht würde.

Die Beurtheilung nun, ob dieser Zustand der Zahlungsunfähigkeit vorhanden oder als wahrscheinlich anzunehmen sei, überläßt das Gesetz im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen und bindet dieses an keine bestimmten Regeln, weil in der Praxis die thatsächlichen Verhältnisse unendlich verschieden und mannigfaltig sind. Gebunden aber muß der Richter in dem Falle sein, wenn durch eine bestimmte Thatsache[7]) die Zahlungsunfähigkeit außer allen Zweifel gestellt ist, wozu aber die bloße Erklärung des Schuldners, daß er zahlungsunfähig sei, keinenfalls in allen Fällen hinreicht; denn solche Erklärungen werden laut Erfahrung häufig nur zum Schein abgegeben, um augenblickliche Einzelvollstreckungen abzuwenden oder aufzuhalten oder um sonstige unlautere Zwecke zu erreichen[8]).

b. (setzt voraus).

Durch die Zahlungsunfähigkeit allein entsteht in den Verhältnissen des Schuldners und seiner Gläubiger — abgesehen von dem Anfechtungsrechte gewisser nachträglich als schädlich erkannter Handlungen — keine Veränderung. Die in der Konkursordnung festgesetzten besonderen Verhältnisse des zahlungsunfähigen Schuldners für sich selbst und im Verhältniß zu seinen Gläubigern und die Gläubiger unter einander sind an die Konkurseröffnung geknüpft. Der Eröffnungsbeschluß ist es, durch welchen der Schuldner die Verfügungsbefugniß verliert, der einzelne Gläubiger am selbständigen Vorgehen gehindert, das gesammte Vermögen des Gantirers zum gemeinsamen Befriedigungsobjekt sämmtlicher Gläu-

---

Ponamus casum, daß die Schulden nur in 2000 Thalern und das Vermögen in lauter Effekten bestehe, welche zwar auf 3000 Thaler geschätzt, jedoch so beschaffen sind, daß so leicht kein Käufer darum zu finden. Wer wollte unter solchen Umständen Anstand nehmen, mit der Ediktal-Citation vorzugehen?" Hier wird also offenbar die Zahlungsunfähigkeit als Konkursursache erkannt.

7) Bei der Berathung hatte Abg. Websky beantragt, das Wort „insbesondere" durch „erst" zu ersetzen, so daß also die Zahlungseinstellung als die einzige Form erschienen wäre, in welcher die Zahlungsunfähigkeit sich hätte manifestiren können. Diesen Antrag zog aber Dr. Websky selbst wieder zurück.

8) Vgl. hierüber §. 96.

biger wird. Allein — wie Schultze[9]) ebenso scharfsinnig wie richtig bemerkt: „Der Konkursanspruch wird demohngeachtet begründet durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners; der Eröffnungsbeschluß schafft nicht den Konkursanspruch, er deklarirt nur den vorhandenen Anspruch. Das materielle Konkursrecht ist nicht die Wirkung des Verfahrens, sondern der Zahlungsunfähigkeit; nur äußerlich betrachtet sind die Wirkungen des Konkurses Wirkungen der Konkurseröffnung, weil sie nicht als vorhanden angenommen werden dürfen, bevor der Zustand des Konkurses richterlich festgestellt ist."

Das Gesetz bezeichnet daher als Voraussetzung der Konkurseröffnung die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners. Durch den Eröffnungsbeschluß erklärt das Gericht den Schuldner, weil er zahlungsunfähig ist, zum „Gemeinschuldner"; es erklärt den Konkursanspruch als vorhanden und verhängt damit die in der Konkursordnung aufgestellten Folgen der Zahlungsunfähigkeit sowohl über den Gemeinschuldner als über die Gesammtheit der Konkurs-Gläubiger, daher steht den Betheiligten nicht zu, darüber zu paciscinen[10]). Selbst wenn der Schuldner und die Gläubiger sämmtlich übereinstimmen würden, könnte über einen Zahlungsfähigen der Konkurs nicht eröffnet werden.

c. (Zahlungseinstellung).

Die Zahlungsunfähigkeit ist, wie soeben erörtert, die Voraussetzung der Konkurseröffnung. Allein nachdem der Richter dieselbe als vorhanden anerkennen muß, damit sie ihre Wirkungen äußern kann, muß sie erkennbar sein. Sie muß sich also, um zur Konkurseröffnung zu führen, nicht blos als latenter Zustand zeigen, sondern sie muß in die äußere Erscheinung getreten sein; sie muß — sei es durch eine Erklärung oder Handlung des Schuldners, sei es durch die Handlung eines Gläubigers oder sonst durch eine Thatsache — bereits irgendwie in sichtbarer Wirkung erkennbar geworden sein.

Als Thatsache nun, aus welcher die Zahlungsunfähigkeit als gesetzliche Vermuthung[11]) hervorgehen soll, greift die KO. lediglich die Zahlungseinstellung heraus und überweist sonach alle anderen bezüglichen Thatsachen in das Gebiet der einfachen Vermuthungen, deren Gewicht der Richter nach den jeweiligen Umständen zu ermessen hat. Die

9) Grundlagen S. 12 ff.

10) v. Wilmowski S. 347.

11) Daß die Worte „ist anzunehmen", „ist anzusehen" der technische Ausdruck für die gesetzliche Präsumtion ist, ergibt sich aus einer Vergleichung mit §§ 93, 129, 241, 243, 296 der R.-Civ.-Pr.-O.

Zahlungseinstellung selbst aber ist immer ein Beweis für die Zahlungsunfähigkeit. Sie setzt daher ein mit Bestimmtheit wahrnehmbares Verhalten des Schuldners voraus, aus welchem mit Sicherheit hervorgeht, daß er seinen Gläubigern gerecht zu werden nicht mehr in der Lage ist. Indessen läßt sich das Verhalten des Schuldners, aus welchem dies gefolgert werden soll, weder erschöpfend seinem Begriffe nach definiren, noch auch läßt sich angeben, welche äußerliche Merkmale dasselbe an sich tragen muß. Die Zahlungseinstellung zeigt sich verschieden je nach dem Stande und der sozialen Stellung des Schuldners[12]). Der Code de commerce (Art. 141) und die Pr. KO. (§. 13) geben als Momente an, in denen die Zahlungseinstellung gefunden werden müsse: wenn der Schuldner flüchtig geht, wenn er sein Geschäft schließt, oder seine Magazine zusperrt, oder seine Wechsel protestiren läßt u. s. w.[13]). Es ist nun vollkommen richtig, daß die soeben aufgeführten Thatsachen erheblichen Grund zur Annahme einer „Zahlungseinstellung" geben; allein es lassen sich auch andere denken, welche diese Annahme rechtfertigen[14]), während wieder

12) Die Zahlungsunfähigkeit ist keine Thatsache, über sie kann also der Eid nicht zugeschoben werden. Vgl. übrigens unten S. 181 Note 29.

13) Unter der Herrschaft der Pr. KO. hatte das Berliner Obertribunal den Satz aufgestellt: „von einer Zahlungseinstellung kann nur bei einem Kaufmann die Rede sein." (Striethorst Bd. 74 S. 96). Dies ist nun wohl nach dem gegenwärtigen Gesetze unhaltbar. Indessen es bleibt wahr: der Privatmann kann Manches thun, was beim Kaufmann schon als Zahlungseinstellung gelten würde. Mir ist bekannt, daß Graf X., obwohl er mindestens halber Millionär ist, prinzipiell um die Zwischenzinsen zu ziehen, jede Rechnung zwei Jahre lang nicht bezahlt; Niemand hält ihn deshalb für zahlungsunfähig, sondern für einen Filz. Bei einem Kaufmanne kann die Vermuthung der Zahlungsunfähigkeit dagegen — sagt das Erk. des RG. v. 23. Januar 1883 in Blum's Annalen Bd. VII, S. 274 — durch jedes die Geschäftsehre und den Kredit schädigende Handeln oder Unterlassen begründet werden. Das Nichtzahlen fälliger, eingemahnter, wenn auch kleinerer Geschäftsschulden, Unpünktlichkeit im Wechselverkehr, sei es bei Accepten oder Regreßeinlösungen, Schließung des Geschäftes unter verdächtigen Umständen, Hingabe von Waaren anstatt Baarzahlung, Pfändungen, welche der Schuldner über sich verhängen läßt, all' das sind Vorgänge, von welchen nach Befinden jeder für sich allein die Zahlungseinstellung darthun kann, deren Zusammentreffen aber noch viel bestimmter auf gänzlichen Vermögensverfall hinweist.

14) Z. B. ein Gutsbesitzer entläßt alle seine Dienstboten, verkauft Futtervorräthe und Samengetreide, Dünger, Schiff und Geschirr und läßt sich von seinen Gläubigern niemals treffen.

Umstände denkbar sind, unter denen die erwähnten Thatsachen eine anderweitige Erklärung finden[15]). Mit Recht bemerkten daher die Motive zu Art. 693 des Pr. HE.:

„Die Zahlungseinstellung ist eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in der verschiedensten Weise zur Erscheinung kommende Thatsache, deren Auffassung der Anschauung des Falles, des Verkehrslebens und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muß" [16]).

Es ist nicht erforderlich, sagt ein reichsgerichtliches Erkenntniß[17]), daß das Unvermögen des Schuldners zur Bezahlung seiner laufenden Verbindlichkeiten so klar an den Tag tritt, daß Niemand mehr darüber Zweifel haben kann. Wenn die Verhältnisse so stehen, daß man darin regelmäßig die Zahlungsunfähigkeit erblickt, wenn dringende Vermuthungen dafür vorliegen, so ist die Zahlungseinstellung — sofern das Gegentheil nicht dargethan wird — als bewiesen anzusehen.

Dies wird dann der Fall sein, wenn die Zahlungseinstellung

1) eine allgemeine ist, d. h. wenn aus der bezüglichen Erklärung des Schuldners oder aus den begleitenden Umständen hervorgeht oder wenigstens wahrscheinlich erscheint, daß nicht blos die Bezahlung einer einzelnen Schuld, sondern überhaupt die Bezahlung aller Schulden verweigert oder aufgeschoben werden will; denn wenn blos eine Einzelzahlung verweigert oder verschoben wird, so steht dem betreffenden Gläubiger das Mittel der Einklagung und Einzelvollstreckung zu Gebote und es ist deshalb in der Regel auch kein Grund zur Konkurseröffnung gegeben[18]). Selbst mehrere Zahlungen können verweigert werden, ohne

---

15) Z. B. in der Straße, in welcher ein Kaufmann seinen Laden hat, finden zur Cholerazeit einige rapide Fälle statt. Der Ladeninhaber verliert den Kopf, sperrt ohne Weiteres sein Geschäft und verduftet. Oder: ein Bankier will für die Berechnung des Silberguldens ein Präjudiz schaffen und läßt mehrere auf Oesterreichische Währung lautende Wechsel gegen sich protestiren, u. s. w.

16) Motive S. 373.

17) Erk. v. 23. Januar 1883 in Blum's Annalen Bd. VII S. 274.

18) Es ist aber immerhin möglich, daß sich in einer einzelnen Nichtzahlung die Zahlungseinstellung manifestirt, wenn nämlich aus dem betreffenden Akte hervorgeht, daß nicht eine bestimmte einzelne Zahlung und nur diese, sondern daß alle vorkommenden Zahlungen unterbleiben sollen, was namentlich bei der Nichthonorirung eines Wechsels Seitens eines Kaufmanns der Fall sein kann. Vgl. die reichsgerichtlichen Erkenntnisse in

daß hierdurch der Konkurs veranlaßt ist, denn in diesem Falle können zur Verweigerung oder Aufschiebung der Zahlungen ebensogut andere und besondere Gründe[19]) vorhanden sein, wie bei der Verweigerung oder Verschiebung einer einzigen Zahlung[20]).

Umgekehrt wird die Zahlungseinstellung nicht nothwendig beseitigt durch vereinzelte Zahlungen und Rechtsgeschäfte[21]), welche der Gemeinschuldner vielleicht später vornimmt. Die „allgemeine" Zahlungseinstellung braucht keineswegs eine absolute zu sein[22]).

Note 13 und 17. Dagegen aber „ist eine Zahlungseinstellung nicht anzunehmen, wenn zwar einzelne fällige Zahlungen nicht geleistet worden sind, der Schuldner aber dadurch, daß er die fällig werdenden Zahlungen in der Regel leistete, seine Zahlungsfähigkeit dokumentirt". Erk. des RG. v. 22. Februar 1882 (Entscheid. Bd. VI S. 97).

19) Als Beispiel dient: Die Unterlassung der Zahlung, weil Jemand auf Reisen nicht alle Zahlungsmittel mitnimmt, weil sie erst von einer Bank oder einem Anderen geholt werden müssen (soferne sie bei diesen parat liegen) oder weil sie irrthümlich erst auf einen späteren Tag disponibel gemacht sind. Dies begründet noch nicht die Annahme der Zahlungseinstellung.

20) In Note 15 ist bereits ein solcher Fall exemplifizirt. Aehnliche Fälle lassen sich verschiedene konstruiren, es kann z. B. der Schuldner die Absicht haben, wegen einer ihm selber oder einem Verwandten oder Freunde gegen den auf Zahlung dringenden Gläubiger zustehenden Forderung, gegen deren Einklagung oder Vollstreckung augenblicklich noch Hindernisse bestehen, Sicherheitsarrest auf die betreffende Summe zu erwirken, und sucht so viel Zeit zu gewinnen, als nöthig ist, bis der Sicherheitsarrest vollzogen wird. In solchem Falle sofort den Konkurs zu eröffnen, wäre weder recht noch billig.

21) Denn sonst könnte ja nicht von Anfechtbarkeit gewisser nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Handlungen gesprochen werden, worüber der Titel 3 Buch I sich verbreitet. Diesen Grundsatz hat das RG. in dem in Note 18 zitirten Erk. v. 22. Februar 1882, dann in den beiden Erkenntnissen v. 8. Dezember 1882 und vom 23. Januar 1883 (in Blum's Annalen Bd. VII S. 168 u. 274) anerkannt. Vgl. auch die Erkenntnisse des ROHG in Bd. X S. 69 u. Bd. XIII S. 436, dann das Erkenntniß des Münchener Obersten Gerichtshofes in der Enke'schen Sammlung (Bd. IX S. 318).

22) Die Wichtigkeit einer richtigen Auffassung des nunmehr so entscheidend gewordenen Begriffes der Zahlungseinstellung rechtfertigt wohl, daß hier alles in den Vorverhandlungen zu findende Material der Praxis dargeboten wird; ich gebe also im Folgenden einen Excerpt aus den Kommissionsberathungen der 11. Sitzung (K. Prt. S. 71—73). Abg. Ausfeld erhob das Bedenken, der Begriff der Zahlungseinstellung sei in anderen als

2) Die Zahlungseinstellung muß ferner, gleichviel ob solche blos eine einzige oder mehrere Forderungen betrifft, ihren Grund in der Zahlungsunfähigkeit haben, denn wenn der Grund anderswo liegt, z. B. in vorhandenen Einreden oder Gegenforderungen oder in bloßer Nachlässigkeit oder Saumseligkeit, so hat der Gläubiger andere Mittel, um seine Rechte geltend zu machen, und braucht hiezu die Konkurseröffnung nicht. Es muß also ein Nichtzahlenkönnen[23]) vorliegen.

Aus welchen Umständen die Thatsache zu entnehmen ist, daß die Zahlungseinstellung ein solches „Nichtkönnen" sei, daß die Zahlungsein-

---

kaufmännischen Kreisen unbekannt und an sich ein unbestimmter; überhaupt erscheine der Grundsatz, daß die Zahlungsunfähigkeit, sei sie auch eine vorübergehende, zur Konkurseröffnung führe, in Anwendung auf bürgerliche Kreise, namentlich auf Gutsbesitzer sehr bedenklich, da diese der Natur ihrer Produkte nach nur zu gewissen von ihnen nicht willkürlich zu wählenden Zeiten die Mittel erhielten, um ihre im Laufe des Jahres entstandenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Hiegegen bemerkte der Regierungsvertreter Hagens: „man dürfe die Zahlungsunfähigkeit nicht verwechseln mit Zahlungsstockung. Diese sei nur ein vorübergehender Zustand, während erstere sich als ein abgeschlossener, nicht zu beseitigender oder wenigstens nicht wieder beseitigter Zustand darstelle. Ob der eine oder der andere Zustand vorliege, werde der Richter in jedem einzelnen Falle zu prüfen haben; immer aber müsse das Zahlungsunvermögen durch irgend einen Akt zum Ausdruck gekommen sein, denn so lange der Schuldner die fälligen Zahlungen leiste, komme für die ihr Geld erhaltenden Gläubiger offenbar Nichts darauf an, ob die Zahlung aus dem Vermögen des Schuldners erfolgt oder nur mit Hülfe seines Kredites." Abg. Dr. Goldschmidt führte „zur Versöhnung des gemeinrechtlichen Principes mit dem Principe des neuen Gesetzes" an: „der Unterschied zwischen Vermögensinsuffizienz und Zahlungsunfähigkeit trete nur dann hervor, wenn man einen verschiedenen Zeitpunkt für die Schätzung der Objekte annehme. Bei der Insuffizienz werde davon ausgegangen, daß es nicht auf den augenblicklich zu realisirenden Werth ankomme, sondern möglicherweise ein späterer Zeitpunkt in's Auge gefaßt. Vom Standpunkt der Zahlungsunfähigkeit aus aber sehe man nur auf denjenigen Werth, den die Objekte im gegenwärtigen Augenblicke haben."

23) Bei der Berathung bemerkte Abg. Dr. Goldschmidt: „er halte es für juristisch zweifellos, daß der Schuldner, der nicht zahlen wolle, demjenigen gleichgestellt werden müsse, der nicht zahlen könne". Mit Recht erwiderte jedoch hierauf Appellrath Hauser: „eine blos böswillige Zahlungsverweigerung stehe keineswegs der Zahlungsunfähigkeit gleich. Die Weigerung sei nur ein Grund zur Zwangsvollstreckung, aber kein Grund zur Konkurseröffnung".

stellung ihren Grund in der Zahlungsunfähigkeit habe, läßt sich (wie schon bemerkt) im Einzelnen nicht exemplifiziren[24]). Das richterliche Urtheil darf hier nicht eingeschränkt werden.

3) Endlich wird erfordert, daß die Zahlungseinstellung eine d a u e r n d e sei. Eine bloße Z a h l u n g s s t o c k u n g, die sich wieder hebt, eine vorübergehende Verlegenheit, ein momentanes Fehlen von paraten Mitteln ist noch nicht geeignet, die Konkurseröffnung zu veranlassen.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so stellt sich als Hauptfall der Zahlungseinstellung dar: d i e g e r i c h t l i c h e o d e r a u ß e r g e r i c h t l i c h e E r k l ä r u n g d e s S c h u l d n e r s, d a ß e r w e g e n U n z u l ä n g l i c h k e i t s e i n e s V e r m ö g e n s o d e r s e i n e r p a r a t e n Z a h l u n g s m i t t e l s e i n e V e r b i n d l i c h k e i t e n z u e r f ü l l e n a u ß e r S t a n d e s e i. „Wenn der Schuldner selbst, der Wahrheit entsprechend, seinen Gläubigern erklärt, daß er seine Schulden, wie sie fällig werden, im Ganzen zu befriedigen keine Mittel habe, und demnächst oder zugleich unterläßt, fällig werdende Forderungen zu befriedigen[25]), s o h a t e r d a m i t s e i n e Z a h l u n g e n e i n g e s t e l l t[26]).

---

24) Ob die Vollstreckung fruchtlos geblieben ist, weil sich bei der Pfändung überhaupt nichts vorfand, was dem Schuldner gehört, oder nur solche Objekte, an welchen eine Exekution unzulässig ist, macht keinen Unterschied. Damit erledigt sich ein von Abg. H u l l m a n n bei der Berathung (K. Prt. S. 72) angeregtes Bedenken. Es sind nämlich (wie in Abth. I S. 96 näher erörtert) in §. 1 Abs. 3 der KO. drei Gegenstände, an denen eine Einzelexekution unzulässig ist, als im Konkurse angreifbar erklärt: das Inventar des Pächters, der Apotheker und der Posthalter. Daher kann es allerdings vorkommen, daß eine Zwangsvollstreckung im gewöhnlichen Verfahren fruchtlos bliebe, obwohl der Schuldner Objekte besitzt, welche, sobald der Konkurs eröffnet ist, zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden können. Hier ist nun, ließe sich sagen, ein Nichtzahlenw o l l e n, keineswegs ein Nichtzahlenk ö n n e n vorhanden und daher steht den Gläubigern ein Antrag auf Konkurseröffnung nicht zu, obwohl sie nur in diesem, nicht aber im gewöhnlichen Prozeßverfahren Zahlung erlangen können. Diese Argumentation wäre aber, wie Regierungsvertreter H a u s e r richtig bemerkte, unstichhaltig; denn wenn ein Schuldner wirklich gar nichts mehr besitzen sollte, als der Pächter das Inventar, der Apotheker seine Arzneien und Gefäße, der Posthalter Wagen und Pferde — was, wie Reg.-Vertreter H a g e n s erinnerte, doch wohl kaum jemals vorkommen werde —, so ist er ipso facto zahlungsunfähig. Vgl. F i t t i n g §. 35 Note 4 a. E.

25) Dieser zweite Grund ist bei Kaufleuten beinahe häufiger als der erste.

26) Aus dem Note 18 citirten reichsgerichtlichen Erkenntnisse.

§. 95.

Berechtigung zum Antrage auf Konkurseröffnung.

Das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden[a]).

Zu dem Antrage ist der Gemeinschuldner[b]) und jeder Konkursgläubiger[c]) berechtigt[d]).

I. E. §. 99; II. E. §. 95; Pr. H. E. 693; Pr. KO. §. 321, §. 118; B. P. O. Art. 1175, 1192.

a. (kann nur auf Antrag eröffnet werden.)

I. Nach Gemeinem Rechte war es bekanntlich zweifelhaft, ob das Konkursverfahren auch von Amtswegen eröffnet werden könne[1]), oder ob hiezu ein Parteiantrag erforderlich sei[2]). Das ältere Bayerische Recht hatte dem ersteren Grundsatz gehuldigt[3]), das Gerichtsorganisationsgesetz vom 1. Juli 1856[4]) sprach in §. 16 Abs. 5 aus, daß von nun an der Konkurs von Amtswegen nicht mehr zu eröffnen sei, und die Pr.-O. von 1869[5]) kehrte wieder zum alten Standpunkte zurück. Die Pr. KO. von 1855 unterschied: beim gemeinen Konkurse war ein Antrag erforderlich[6]), beim kaufmännischen hingegen nicht[7]).

---

1) Hiefür besonders von Gönner, Handbuch Bd. IV S. 512. Er sagt: „Die Gesetze machen den Richter gleichsam zum Depositar des Gemeinwillens der Gläubiger und legen ihm damit die Verbindlichkeit auf, in der Realisirung einzelner Ansprüche nur so lange vorzuschreiten, als er nicht besorgen darf, dadurch anderen Gläubigern zu schaden".

2) Hiefür die überwiegende Mehrheit der Rechtslehrer: Linde, Lehrbuch §. 431, Schweppe §. 187, Bayer §. 45, Puchta §. 120, Fuchs S. 100.

3) Vgl. Cod. judic. v. 1753 Cap. XIX §. 3.

4) Gesetzblatt v. 1856 S. 351.

5) Allerdings nicht unbedingt; es waren in Art. 1175 drei Fälle aufgeführt (Flucht, Zahlungseinstellung des Kaufmannes, überschuldeter Nachlaß), in denen das Gericht von Amtswegen einschreiten sollte, „soferne es dies zur Wahrung der Rechte unbekannter oder entfernt wohnender Gläubiger zweckmäßig erachtete".

6) Pr. KO. §. 321: „Das Gericht kann den Konkurs (über Personen, die nicht Handelsleute, Schiffsrheder oder Fabrikbesitzer sind, §. 319) niemals von Amtswegen — eröffnen".

7) Pr. KO. §. 118: „Das Gericht hat den Konkurs zu eröffnen, sobald dasselbe von der Zahlungseinstellung — auf eine zuverlässige Weise Kenntniß erhält".

Die Konkursordnung hat sich auf die Seite derjenigen gestellt, welche jedes Offizialverfahren ausschließen [8]); die Worte „das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden" sind klar und lassen demnach unter gar keinen Umständen den Konkurs von Amtswegen zu.

II. Das Gesetz schreibt für den Antrag keine bestimmte Form vor; es findet daher analog die in der Civ.-Pr.-O. §. 457 für beim Amtsgericht einzureichende Klagen gegebene Vorschrift Anwendung. Hienach kann also der Antrag auf Konkurseröffnung schriftlich (und zwar von der Partei selbst, ohne Gegenzeichnung eines Anwaltes) eingereicht [9]) oder

---

8) Als Motiv für diese Bestimmung ist betreffenden Ortes der Umstand angeführt, daß die in anderen Konkursordnungen enthaltene Zulassung der Konkurseröffnung von Amtswegen nicht zweckmäßig sei, weil die moderne Rechtsauffassung überhaupt dem Eingreifen des Staates in privatrechtliche Verhältnisse widerstrebe, weil ferner im Handelsverkehre Regel sei, daß auswärtige Gläubiger ihre Interessen durch ständige inländische Vertreter wahrnehmen lassen, und von jedem Gläubiger verlangt werden könne, daß er über die Vermögenslage seines Schuldners, welches Standes dieser auch sei, sich fortwährend informirt halte, und wer in dieser Beziehung die nöthige Vorsicht versäume, daraus kein Recht abzuleiten vermöge, daß der Staat in bevormundender Sorge für ihn eintrete. Am allerwenigsten möchte ein solcher Anspruch ausländischen Gläubigern einzuräumen sein, weil hierdurch in der Regel Interessen anderer Gläubiger verletzt würden. Auch sei durch die Erfahrung, z. B. in Preußen, bestätigt worden, daß die Gerichte von der Befugniß zur Konkurseröffnung von Amtswegen fast gar keinen Gebrauch machen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob diese Erwägungen durchgreifend sind, ob es nicht doch viele Fälle giebt, in welchen der Staat bei einer eintretenden Zahlungsunfähigkeit berufen sein dürfte, die Interessen wenigstens derjenigen Gläubiger von Amtswegen wahrzunehmen, welchen es in solchen Fällen, wenigstens augenblicklich, nicht möglich ist, dieses selber zu thun, z. B. wenn der Gemeinschuldner plötzlich flüchtig geworden ist, nachdem eine Vollstreckung gegen ihn fruchtlos oder unzulänglich ausgefallen war, oder wenn sich bei einer Erbmasse, welche unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten oder von dem oder den Erben ausgeschlagen wurde, eine Ueberschuldung ergeben hat und von den Gläubigern einer oder mehrere abwesend oder unbekannten Aufenthaltes sind.

9) Nach Gemeinem Rechte war jeder Kridar von selbst und ohne Weiteres als Armenpartei anzusehen (vgl. Schweppe S. 60). Dies ist nicht mehr Rechtens; sondern es finden die Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes Anwendung.

zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. (Nach der Pr. KO. §. 117 war letzteres die alleinige Form, was nunmehr derogirt erscheint.)

b. (der Gemeinschuldner).

Dieser Ausdruck ist an sich unrichtig; denn vor der Konkurseröffnung gibt es ja keinen Gemeinschuldner, also kann ein Gemeinschuldner auch nicht die Eröffnung des Konkurses beantragen. Indessen versteht wohl Jedermann, daß hierunter diejenige Person gemeint ist, welche „Gemeinschuldner" werden will [10]). Daß die Beantragung des Konkursverfahrens auch durch einen Bevollmächtigten geschehen kann, ist klar; jedoch wird zum Antrage auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Antragstellers wohl nur eine hierauf speziell gerichtete Vollmacht genügen. Der Widerspruch eines Gläubigers kann die Inbetrachtnahme des Antrages nicht hindern [11]); würden freilich sämmtliche Gläubiger — was indessen nicht wohl vorkommen wird [12]) — gegen die Eröffnung des Konkurses protestiren, so könnte derselbe nicht eröffnet werden [13]).

c. (jeder Konkursgläubiger).

Das Antragsrecht des Konkursgläubigers ist nicht von einem bestimmten Forderungsbetrag [14]) und auch nicht von der Vollstreckbarkeit [15]) abhängig und auch dann nicht gehindert, wenn die Forderung an eine

---

10) Die Pr. KO. §. 321 hatte dem Schuldner das Antragsrecht im gemeinen Konkurse versagt.

11) Ein Anderes natürlich ist es, wenn der Gläubiger das Vorhandensein der Voraussetzungen zur Konkurseröffnung bestreitet. Vgl. hierüber unten bei §. 96.

12) Der Fall ließe sich denken, wenn supponirt wird, ein Schuldner, welcher weiß, daß er nächstens eine Erbschaft machen werde, beantrage die Konkurseröffnung lediglich in der Absicht, während der Dauer des Konkurses (während dessen den Gläubigern der Zugriff auf den neuen Erwerb nach §. 11 der KO. versagt ist) das ererbte Vermögen zu konsumiren oder bei Seite zu schaffen. Hier läge es im Interesse der Gläubiger, den Konkurs zu verhindern.

13) Motive zum I. E. S. 34.

14) Wie dies z. B. in England und Amerika der Fall ist, wo man etwa 1000 Mark zu fordern haben muß, um die hohe Würde eines Konkursbeantragers bekleiden zu dürfen. Vgl. Motive zum I. E. S. 32.

15) „Es ist nicht nothwendig, daß der Antrag von einem solchen Gläubiger gestellt werde, dessen Forderung schon zur Exekution reif ist." Erk. des Berliner Obertribunals v. 6. Oktober 1859 (Entsch. Bd. 44 S. 308 ff.). Sie braucht nicht einmal eingeklagt zu sein.

Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft ist, denn in allen diesen Fällen hat der betreffende Gläubiger ein eben so großes und nach Umständen oft ein größeres Interesse daran, daß der Konkurs eröffnet werde, als wenn seine Forderung vollstreckbar oder unbedingt oder unbetagt ist.

Was die bevorrechtigten Forderungen betrifft, so könnte man versucht sein, ihnen das Antragsrecht wegen mangelnden Interesses zu bestreiten. Sie bekommen ja ihre Befriedigung, ließe sich argumentiren, viel eher und schneller, wenn der Konkurs nicht verhängt wird, als wenn sie in das allgemeine Verfahren fallen. Allein das Gesetz schließt keinen Konkursgläubiger von der Befugniß, den Konkurs zu beantragen, aus, also muß man auch die Privilegirten hiezu zulassen [16]).

Das Gesetz sagt: „jeder Konkursgläubiger"; hieraus folgt, daß diejenigen Gläubiger, deren Forderungen nicht unter die Begriffsbestimmung des §. 2 der KO. fallen (vgl. I. Abth. S. 98 ff.) auch zur Beantragung des Konkurses nicht befugt sind. Daß der Aussonderungsberechtigte diese Befugniß nicht bedarf, ist klar; aber auch der Absonderungsberechtigte wird, soweit er durch sein Absonderungsrecht gedeckt ist, auf Konkurseröffnung nicht anzutragen haben. Allein hic haeret aqua: wie weit ist er gedeckt? Das läßt sich so ohne Weiteres nicht bestimmen, und da jeder Absonderungsberechtigte, insoferne er zugleich persönlicher Gläubiger ist [17]), in Höhe seines Ausfalles gewissermaßen bedingter Konkursgläubiger ist, insoweit von der Stellung des Antrags nicht ausgeschlossen erscheint [18]), die Höhe des Ausfalles aber für den Absonderungsberechtigten — soferne er nicht baares Geld in Händen hat — stets ungewiß ist, so bin ich der Ansicht, daß der Richter diese Gläubiger gleichfalls unbeschränkt zur Antragstellung zulassen muß [19]).

---

16) Motive a. a. O. S. 33.

17) Der Ewiggeldberechtigte, welchem nur die Sache und nicht der Besitzer persönlich haftet, kann also den Antrag nicht stellen.

18) Aeußerung des Reg.-Vertreter Hagens (K. Prt. S. 71 oben).

19) Nicht ohne Grund macht v. Sarwey (S. 585) gegen mich geltend, daß der Absonderungsberechtigte für die ihm zustehende persönliche Forderung zunächst Gläubiger wie jeder andere sei. Nur wenn er sein Absonderungsrecht geltend mache, was aber erst nach der Konkurseröffnung möglich sei, trete eine gewisse Beschränkung seines Rechtes ein. Sonach erscheine auch derjenige Gläubiger, welchem ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zur Seite stehe, nicht nur wegen seines „Ausfalles", sondern ganz unabhängig von seinem Absonderungsrechte, welches überhaupt erst, wenn es „beansprucht" werde (§§. 57, 88, 141), also nicht vor der Konkurseröffnung wirke, als berechtigt zum Antrage auf Konkurseröffnung.

Gläubiger, welche im Konkurse nicht berücksichtigt werden dürfen (vgl. §. 56 Ziff. 3 und 4 der KO.), werden ohnehin nie auf Konkurseröffnung antragen; sollte aber solch' ein Antrag vorkommen, so würde er nicht zu berücksichtigen sein.

d. (berechtigt).

Der Gläubiger ist niemals verpflichtet, auf Konkurseröffnung anzutragen; auch der Schuldner hat keine Pflicht, sich insolvent zu erklären. Selbst wo die „arglistige Verheimlichung der schon bestandenen Zahlungsunfähigkeit" im Strafrechte als Voraussetzung des betrüglichen Bankerottes in Frage kommt [20]), ist nur das weitere Schuldenmachen strafbar, keineswegs aber das „Sich-nicht-insolvent-Erklären". Die Bestimmungen [21]), welche den Kaufmann verpflichteten, seine Zahlungseinstellung binnen kurzer Frist dem Gerichte anzuzeigen, sind durch die neue Konkursordnung aufgehoben.

---

§. 96.

Erfordernisse des Eröffnungsantrages.

Beantragt der Gemeinschuldner die Eröffnung des Verfahrens, so hat er [a]) ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner [b]), sowie eine Uebersicht der Vermögensmasse [c]) bei Stellung des Antrages einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist [d]), ohne Verzug nachzuliefern [e]).

I. E. §. 102; II. E. §. 96; Pr. H. E. Art. 766 Abs. 2; Pr. KO. §. 116 Abs. 2; B. Pr. O. Art. 1190.

§. 97.

Der Antrag eines Gläubigers [f]) auf Eröffnung des Verfahrens ist zuzulassen [g]), wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht werden [h]).

Wird der Antrag zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören [i]) und, sofern dieser nicht seine Zahlungs-

---

20) Z. B. Bayr. StGB. v. 1813 Art. 273. — Bayr. StGB. v. 1861 Art. 328 Abs. 3. Vgl. übrigens die Erläuterungen zum Buch 3 der KO.

21) Z. B. Pr. KO. §. 116.

unfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt [k]), die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen [l]).

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben [m]), wenn sie eine öffentliche Zustellung [n]) oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter [o]) oder Angehöriger [p]) des Schuldners zu hören.

I. E. §. 103, 107; II. E. § 97; Pr. H. E. Art. 768; Pr. KO. §. 112, 322; B. P. O. Art. 1191 und 1193.

a. (so hat er).

I. Der §. 96 drückt, so wie er lautet, die Absicht des Gesetzgebers, wie sich dieselbe aus den Verhandlungen ergibt, nicht aus. Betrachtet man die Verschiedenheit der Fassung von §. 96 und §. 97, so kommt man nothwendigerweise zu dem Schlusse, daß, sobald der Gemeinschuldner seine Insolvenz anzeigt, ohne Weiteres der Konkurs eröffnet werden muß. Denn während es in §. 97 heißt: „Der Antrag ist zuzulassen, wenn u. s. w.", also eine Voraussetzung für die Zulassung aufgestellt wird, — sagt der §. 96 nur: „Beantragt der Gemeinschuldner, so hat er"; es wird also nur dem Letzteren eine Direktive gegeben, die Zulassung oder Nichtzulassung des Antrages aber ist keineswegs von irgend einer Voraussetzung abhängig gemacht.

Dies war auch offenbar die Absicht des Gesetzes, wie es entworfen gewesen 1); die Motive zum II. E. S. 329) sagen: „dem antragstellenden Gemeinschuldner ist der Nachweis und die Glaubhaftmachung seiner Zahlungsunfähigkeit erlassen", und dem entsprechend lautete der erste Absatz von §. 96 im Entwurfe: „Beantragt der Gemeinschuldner die Eröffnung des Verfahrens, so bedarf es nicht eines Nachweises der Zahlungsunfähigkeit."

Bei der Berathung in der Justizkommission (11. Sitzung) 2) wurde aber dieser Absatz gestrichen. Man war nämlich vollkommen darüber einig 3), daß auch im Falle der Gemeinschuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens stellt, der Richter keineswegs verbunden sein solle,

---

1) Man ging bei der Aufstellung des Entwurfes von dem Gedanken aus, daß vor Allem für den gleichen Schutz aller Gläubiger zu sorgen sei, und daß der Schuldner ohnehin nicht ohne zwingende Veranlassung sich der Unannehmlichkeit des Konkursverfahrens unterwerfen werde. Allein diese letztere Annahme ist, wie die Erfahrung lehrt, psychologisch nicht richtig.

2) K. Prt. S. 74 ff.

3) Aeußerung des Reg.-Vertreters Hagens.

diesem Antrage jedesmal stattzugeben; daß er vielmehr demselben dann nicht zu entsprechen verpflichtet sei, wenn er die Ueberzeugung hat, daß der Schuldner in Wahrheit gar nicht zahlungsunfähig ist, den Antrag vielmehr nur aus Chicane gegen seine Gläubiger, oder um sich den drohenden Einzelexekutionen zu entziehen, oder um einen günstigen Zwangsvergleich herbeizuführen, gestellt hat[4]). Es ergibt sich dies schon aus der allgemeinen Vorschrift des §. 94, wonach die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners Voraussetzung jedes Konkursverfahrens bildet, und es ist der Wille des Gesetzes (wenn auch dieser in §. 96 nicht prägnant zum Ausdrucke kam), daß der Richter in jedem Falle nur, wenn er von dem Vorhandensein dieser Voraussetzung überzeugt ist, die Eröffnung beschließen darf.

Sonach steht also fest, daß niemals der Antrag des Gemeinschuldners den Konkurs schafft, sondern nur der auf diesen Antrag nach vorgängiger Prüfung der thatsächlichen Verhältnisse ergehende Richterspruch[5]). Andererseits aber steht gleichfalls fest, daß der Richter im Falle des Antrages Seitens des Schulders von einem weiteren Nachweise der Zahlungsunfähigkeit absehen kann; er darf, wenn er von dem Bestehen der Zahlungsunfähigkeit des Antragstellenden überzeugt ist, die Eröffnung beschließen, er muß es aber nicht. Der Unterschied zwischen dem Antrage des Schuldners und dem des Gläubigers liegt also darin, daß auf letzteren niemals sofort Konkurs erkannt werden darf, wohl aber auf ersteren; ferner daß der Gläubiger Behelfe für die Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit beibringen muß, der Schuldner aber nicht. Es ist beim Antrag des Schuldners zwar ein Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nicht unnöthig[6]), aber der Schuldner braucht ihn nicht speziell und förmlich zu erbringen; der Richter muß sich seine Ueberzeugung aus dem Antrage selbst und den ihm bekannten Thatsachen bilden[7]).

---

4) Selbst dann nicht, wenn der Antrag mit Zustimmung der Gläubiger gestellt wäre. Vgl. oben S. 166.

5) Motive zum I. E. S. 33, Gönner formulirte in seinem Handbuch Bd. IV S. 512 diesen Satz nach damaliger Sitte philosophisch dahin: „daß ein Konkursverfahren nur durch einen Akt der richterlichen Reflexion sein Dasein erhalten könne." Vgl. auch oben S. 166 Note 9.

6) Was Fuchs S. 115, wie ich glaube, unrichtig behauptet.

7) Man hat sich bei den Berathungen hiefür auf §. 259 der Civ.=Pr.=O. berufen; allein wohl mit Recht hat Appellrath Hauser aufmerksam gemacht, daß dieser §. 259 nicht hieher passe, sondern eine „Verhandlung" voraussetze, die hier nicht vorhanden sei.

Es ergibt sich nun die weitere Frage: was hat zu geschehen, wenn der Richter aus dem Antrage, aus dessen Behelfen und Beilagen (vgl. Erl. zu lit. b u. c) und aus den sonst notorischen Thatsachen [8]) sich eine Ueberzeugung für die Zahlungsunfähigkeit des antragstellenden Schuldners nicht bilden kann? Es war zu befürchten, daß die bisherige Praxis der unglückseligen Debitwesen, der Konkurspräliminarien, des präparatorischen Verfahrens und wie sonst diese Verschleppungsmittel zu heißen pflegten, noch nachwirken, und versucht werden würde, die Meinung aufzustellen, es müsse in solchem Falle der Absatz 2 des §. 97 in analoge Anwendung gebracht werden.

Man konnte hiefür sich in folgenden Argumentationen ergehen:

„Es liege vor Augen, daß dieser Fall ganz gleichartig mit demjenigen sei, wenn der Antrag auf Konkurseröffnung von einem Gläubiger ausgehe, der Schuldner aber seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung nicht einräumt, und es sei allgemeine Rechtsregel, daß, wenn über eine Frage das Gesetz nichts bestimme, diejenigen Gesetzesvorschriften analog anzuwenden sind, durch welche ganz gleichgeartete Fragen entschieden werden.

„Daher müßten in solchem Falle diejenigen Ermittelungen und Anordnungen, welche erforderlich sind, um den Zustand der Zahlungsunfähigkeit festzustellen oder wahrscheinlich zu machen, von Amtswegen gepflogen werden. Dieser Argumentation stehe auch der §. 95 nicht entgegen, weil hienach es zur Konkurseröffnung genüge, wenn auch nur der Antrag hiezu von dem Gemeinschuldner oder von einem Konkursgläubiger gestellt wurde, und sei das Gericht auch in der Wahl der Mittel, durch welche es den Konkursantrag zu ergänzen für zweckmäßig erachte, nicht beschränkt, indem der in solchem Falle analog zur Anwendung zu bringende Abs. 2 des §. 97 keine Einschränkung in dieser Hinsicht enthalte. Es könne in solchem Falle z. B. ein Gerichsdiener oder Gerichtsvollzieher sofort in die Wohnung des Schuldners beordert werden, um alle auf dessen Vermögens- und Schuldenverhältnisse bezüglichen Papiere und Aufschreibungen 2c. in Beschlag zu nehmen, es könne auch durch eine öffentliche Ausschreibung der gestellte Konkursantrag bekannt gemacht und hierin die Aufforderung erlassen werden, daß alle etwaigen Gläubiger wenigstens den beiläufigen Betrag ihrer Forderungen

---

8) In der Praxis verschafft man sich unter Umständen von kurzer Hand, z. B. durch die Polizeibehörde, Notizen über die Lage des Antragstellers.

binnen einer bestimmten Frist dem Gericht anzeigen sollten. Diesen und ähnlichen Maßregeln stehe der §. 98 nicht entgegen, denn wenn dieser auch unmittelbar und zunächst sich nur auf den Fall zu beziehen scheine, wenn dem Konkurseröffnungsantrag entweder des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers wirklich stattgegeben und der Konkurs thatsächlich eröffnet wurde, so greife doch auch hier wieder die analoge Anwendung auf den gleichgearteten Fall Platz, wenn zwar der Konkurs noch nicht wirklich eröffnet, jedoch durch den Eröffnungsantrag des Gemeinschuldners wenigstens die Möglichkeit gegeben sei, daß Zahlungsunfähigkeit vorliege, aber die zur Konkurseröffnung nöthige Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit über diesen Thatumstand noch fehle und solche nach der Natur der Sache und nach den vorliegenden Umständen nicht anders hergestellt werden könne, als durch die bezeichnete Maßregel.

„Hiefür spreche ferner die Hinweglassung des Satzes, daß dem antragstellenden Gemeinschuldner der Nachweis und daher eine Glaubhaftmachung seiner Zahlungsunfähigkeit erlassen sei, und wenn in den Motiven (zum II. E. S. 329) angeführt werde, daß durch die in §. 96 dem Gemeinschuldner auferlegte Verpflichtung zur Vorlage oder unverzüglichen Nachlieferung eines Vermögensstatus die erste Grundlage für das Verfahren gewonnen werde, so treffe dieser Grund nicht zu, wenn der Schuldner die Vorlage oder Nachlieferung des Vermögensstatus unterlasse, sowie auch in dem Falle nicht, wenn der Schuldner zwar einen Vermögensstatus vorlege, aus diesem aber, wenn derselbe richtig wäre, eine Zahlungsunfähigkeit nicht erhellen würde. Es komme aber bekanntlich sehr häufig vor, daß der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit blos simulirt, um die Konkurseröffnung herbeizuführen und seine Gläubiger zu chikaniren oder um andere unlautere Zwecke zu erreichen. Es könne nun aber einerseits nicht angehen, daß das Gericht sich gleichsam zum Gehülfen eines solchen Schuldners mache und auf dessen bloße Anzeige, daß er zahlungsunfähig sei und Konkurseröffnung verlange, sofort der letzteren stattgebe, ohne diesen Angaben und dem damit verbundenen Vermögensstatus näher auf den Grund zu sehen; denn es wäre nicht zu rechtfertigen, ein für alle Gläubiger so beschwerliches, kostspieliges und nach Umständen sogar verhängnißvolles Verfahren, wie der Konkurs ist, in Szene zu setzen, während sich hinterher ergeben würde, daß eine Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners gar nicht vorhanden sei. Anderseits aber sei es auch nicht zulässig, blos deshalb einen vielleicht wohlbegründeten Antrag abzuweisen, weil er nicht sofort und voll-

ständig mit den Nachweisen der Zahlungsunfähigkeit belegt sei. Alle diese Gründe sprächen also für die Anordnung eines Ermittelungsverfahrens bei Zweifelhaftigkeit der Sachlage auch im Falle Antrages des Gemeinschuldners."

Ich habe absichtlich diese Gründe so ausführlich gegeben, damit man sieht, es geschieht nicht ohne vorherige Prüfung derselben, wenn ich sage, daß nach meiner Ueberzeugung die obige Ansicht grundfalsch ist und ihre Befolgung eine der wohlthätigsten Reformen der neuen Konkursordnung illusorisch machen würde. Vielmehr ist festzuhalten: Gewinnt der Richter aus dem Antrage des Schuldners, sowie er eingereicht wird, und dem allenfalls in instanti zu erhebenden Sachverhalte[9]) nicht sofort die Ueberzeugung, daß Zahlungsunfähigkeit vorliege, so hat er denselben ohne Weiteres zurückzuweisen. Ein Verfahren auf diesen Antrag, ein Auftrag an den Schuldner, weitere Behelfe beizubringen u. dgl. Weitläufigkeiten sind unter allen Umständen ausgeschlossen. **Entweder Konkurseröffnung oder Abweisung;** ein Drittes läßt das Gesetz nicht zu[10]).

Es ergibt sich dies mit vollkommenster Zweifellosigkeit aus dem Umstande, daß das Ermittelungsverfahren nur in §. 97 erwähnt wird; hätte das Gesetz dieselbe Bestimmung, welche in §. 97 getroffen ist, auch für §. 96 geben wollen, so würde dies geschehen sein; so wie das Gesetz lautet, ist jede analoge Anwendung ausgeschlossen.

II. Kann der Schuldner seinen Antrag wieder zurückzunehmen? Unzweifelhaft, soferne der Eröffnungsbeschluß auf denselben noch nicht ergangen ist. Die Form der Zurücknahme ist dieselbe, welche oben für die Stellung des Antrages angegeben wurde: schriftliche Eingabe oder Erklärung auf der Gerichtsschreiberei.

---

9) Vgl. Note 8.

10) Meiner Ansicht haben sich unbedingt Fitting §. 35 Note 19 u. Stieglitz S. 461 angeschlossen. Auch v. Sarwey (S. 589) tritt mir bei, nur will er nach Analogie des §. 464 der R.-Civ.-Pr.-O. gestatten, daß der Richter den antragstellenden Schuldner, zur Ergänzung seines etwa unklaren oder unvollständigen Vorbringens, zur nachträglichen Vorlegung oder zu Erläuterungen seines Status auffordern dürfe. v Wilmowski dagegen geht noch weiter; er gestattet (S. 347) eine Vernehmung des Schuldners und die Veranstaltung weiterer Ermittelungen von Amtswegen. Die Praxis an den hiesigen Gerichten hat meine (in der I. Auflage besonders hervorgehobenen) Befürchtungen, wie ich zu meiner Freude konstatiren kann, nicht als begründet erwiesen. Es findet nirgends ein präparatorisches Verfahren unter Sistirung der Partikularexekution statt.

Hatte der Richter auf Grund des Antrages bereits provisorische Maßregeln getroffen, so hat der Antragsteller im Falle der Zurücknahme des Antrages selbstverständlich alle Kosten zu tragen[11]). Vgl. auch §. 98.

b. (ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner).

„Durch die dem Schuldner zur Pflicht gemachte Vorlegung eines Vermögensstatus — sagen die Motive — soll für das Verfahren die erste Grundlage gewonnen werden." Das Gesetz erklärt deshalb den Antragstellenden nicht etwa verbunden, blos die Namen seiner Gläubiger und Schuldner anzuzeigen, sondern verlangt ein förmliches Verzeichniß. Unter einem „Verzeichniß" versteht man aber nicht blos die Aufstellung der Personen, welche zu fordern oder zu zahlen haben, sondern auch der Beträge, welche ihnen geschuldet werden und beziehungsweise welche sie schulden, sowie die näheren Modalitäten der Forderungen und Verbindlichkeiten (z. B. etwaige Bedingungen, die Vollstreckbarkeit u. s. w.). „Bei zweifelhaften Forderungen wird der wahrscheinliche Werth, bei den Schulden außer dem Betrage auch der Rechtsgrund anzugeben sein." (Mot.)

Nachdem das Gesetz sagt: „Verzeichniß der Gläubiger" und nicht den Ausdruck gebraucht „Konkursgläubiger", so wird sich das Verzeichniß auf alle dem Antragsteller bekannten Forderungen zu erstrecken haben, damit dem Richter ein vollständiger Ueberblick des Soll und Haben ermöglicht wird.

Der I. Entwurf hatte die Angabe des Wohnortes der Gläubiger obligatorisch gemacht, das Gesetz enthält diesen Beisatz zwar nicht, es wird indessen stets[12]) die Bezeichnung des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes der Forderungsberechtigten Seitens des Schuldners deshalb wünschenswerth erscheinen, um sofort die in §. 103 der KO. vorgeschriebene besondere Ladung vornehmen zu können.

c. (eine Uebersicht der Vermögensmasse.)

An und für sich erscheint diese Vorschrift wohl noch als ein Ueberrest der früheren Konkursvoraussetzung, der Vermögensinsuffizienz. Denn

---

11) Eine Frivolitätsstrafe trifft ihn nicht, da eine solche nirgends zugelassen ist; insbesondere wird nicht etwa auf Grund des § 98 die Haft verhängt werden können, denn mit der Zurücknahme des Antrages fällt ja die Voraussetzung dieses Paragraphen hinweg.

12) Die Motive zum II. E. sagen nur: „in vielen Fällen"; ich wüßte indessen keinen zu konstruiren, wo die Angabe des Wohnortes nicht wünschenswerth wäre. Selbst wenn der Richter ihn kennt, so erspart es Arbeit, wenn der Antragsteller ihn im Verzeichnisse angibt, damit man denselben nicht erst noch vervollständigen muß.

vergegenwärtigt man sich die Ausführungen zu §. 94 (vgl. S. 163), wonach es auf den Bestand des Vermögens bei der Frage der Konkurseröffnung gar nicht ankommen soll, so möchte man glauben, daß es auch einer „Uebersicht der Vermögensmasse" für die Prüfung des Richters nicht bedarf. Indessen erscheint es doch, auch um die Zahlungsunfähigkeit zu bemessen, von Werth und von Wichtigkeit, den Bestand des schuldnerischen Vermögens zu kennen. Nur darf — hierauf möchte ich durch obige Bemerkung aufmerksam gemacht haben — der Richter durch die Bestimmung des Gesetzes sich nicht auf die gemeinrechtliche Voraussetzung leiten lassen, daß, um auf den Antrag des Schuldners einzugehen, seine Passiven die Aktiven übersteigen müßten. Dies ist nach der Konkursordnung durchaus nicht nöthig. Ebendeshalb hat sich das „Verzeichniß der Vermögensmasse", dessen Vorlage das Gesetz fordert, vorzüglich und vor Allem über das Flüssigsein der schuldnerischen Zahlungsmittel zu verbreiten. Es kommt weit weniger darauf an, daß der Schuldner nicht irgend einen Vermögensbestandtheil vergißt, als darauf, daß er den Richter in den Stand setzt zu beurtheilen, welche parate Deckung den fälligen Verbindlichkeiten gegenübersteht.

Eine bestimmte Form ist für die Vermögensübersicht nicht vorgeschrieben; sie soll indessen das gesammte Hab und Gut des Schuldners umfassen. Aber ebendeshalb muß sie (das liegt schon im Worte „Uebersicht") auch ersehen lassen, was sich zur Konkursmasse qualifizirt. Das heißt also, es müssen alle auf die einzelnen Bestandtheile des Vermögens bereits erhobenen oder in Aussicht stehenden Aussonderungsansprüche und ebenso die vorhandenen Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung angegeben werden.

Führt der Gemeinschuldner Handels- oder Geschäftsbücher[13]), so

13) Die im I. E. §. 102 am Schlusse enthaltene Vorschrift: „Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners sind zu übergeben" ist wohl deshalb nicht zum Gesetze erhoben worden, weil gerade in solch kritischer Lage mitunter die Geschäftsbücher im Geschäfte selbst unentbehrlich sind. In der B. Pr.O. Art. 1190 Abs. 2 mußte der Antragsteller, falls er Kaufmann war, seine Handelsbücher „zur Verfügung stellen." Dieser Vorschrift bedarf es wohl kaum. Zwar nach dem Art. 37 des A. D. HGB. kann der Richter die Vorlage der Handelsbücher nur in einem Rechtsstreite und nur auf Verlangen einer Partei anordnen (vgl. Völderndorff und Anschütz, Kommentar Bd I S. 278 ff.); allein der § 98 der KO. gibt sicherlich dem Konkursrichter die Befugniß an die Hand, im Falle eines schuldnerischen Antrages auf Eröffnung des Verfahrens sich Einsicht in dessen Geschäftsbücher zu verschaffen.

kann er diese mit in Vorlage bringen; verpflichtet ist er hiezu nicht. Indessen wird der Richter wenigstens einen Abschluß der wichtigeren Conti oder einen Auszug aus den Büchern verlangen, denn hiedurch erhält er den besten und sichersten Ueberblick über die Geschäftslage des Schuldners.

d. (oder wenn dies nicht thunlich ist).

Das Gesetz sagt nicht: der Richter habe die Behelfe einzufordern oder dergleichen. Es ist also Sache des Antragstellers, den Ausnahmsfall, „daß die Vorlage nicht sofort thunlich ist", glaubwürdig in seinem Antrage darzulegen. Thut er dies nicht, so bleibt sein Antrag einfach unberücksichtigt; es ist nicht von Amtswegen derselbe zu ergänzen oder ergänzen zu lassen [14]).

e. (ohne Verzug nachzuliefern).

Das „ohne Verzug" ist Direktive; ein Präjudiz ist nicht daran geknüpft, wenn Verzug in der Nachlieferung eintritt. Wenn der Schuldner am 1. Mai Antrag auf Eröffnung des Verfahrens stellt und das Verzeichniß erst am 1. Juli nachbringt, so kann der Richter natürlich nicht noch einen neuen Antrag fordern, das wäre ja reine Formalität. Aber er verfügt auch nicht früher, als bis das Verzeichniß vorliegt. Denn hierin liegt im Allgemeinen die Folge der Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift für den Antragsteller. So lange er kein Verzeichniß oder kein solches formell dem Gesetze entsprechendes vorlegt, aus welchem sich der Richter über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Ueberzeugung verschaffen kann, ist sein Antrag als der gesetzlichen Beschaffenheit ermangelnd gar nicht für vorhanden anzusehen [15]). Der Richter kann weder denselben

---

14) Vgl. die folgende Note

15) Man könnte der Ansicht sein, der Richter müsse in solchem Falle die Uebergabe eines vorschriftsmäßigen Verzeichnisses mittelst Auftrag und eventuell Haft (§. 98) erzwingen. Ich sehe hiefür, sofern nur der Schuldner den Antrag gestellt hat, keinen genügenden Grund. Sind die Interessen der einzelnen Gläubiger bedroht, so mögen sich diese rühren und einen Antrag einbringen. Von Amtswegen hat der Richter prinzipiell weder direkt noch auf obigem Umwege den Konkurs herbeizuführen. Ich bin hier am Schärfsten; Fitting §. 35, III, Hullmann S. 241, v. Sarwey S. 589, Wengler S. 485 und v. Wilmowski S. 348 glauben, daß die Konkurseröffnung auch ohne Vorlage eines Verzeichnisses, sowie einer Vermögensübersicht erkannt und dem Gemeinschuldner vom Richter aufgetragen werden könne, diese Belege nachzuliefern Indessen setzen die zitirten Schriftsteller immerhin voraus, daß der Richter die Ueberzeugung der Zahlungsunfähigkeit des Antragstellers gewonnen hat. Dies wird

abweisen und damit die Beschwerdeführung eröffnen, noch aber Sicherungsmaßregeln anordnen. Er ignorirt den Antrag und läßt die Einzelexekutionen fortgehen[16]).

f. (der Antrag eines Gläubigers).

Hinsichtlich der Form des von einem Gläubiger auf Eröffnung des Konkurses zu stellenden Antrages gilt das zu §. 95 lit. a II Gesagte.

Der einmal gestellte Antrag kann unzweifelhaft in analoger Anwendung des §. 243 der Civ.Pr.O. so lange einseitig zurückgenommen werden, bis der Schuldner über denselben gehört worden ist. Die Motive scheinen noch weiter zu gehen, sie sagen (zum II. E. S. 329): „bis zum Beschlusse über die Eröffnung des Konkurses sind die Verhandlungen nur vorbereitende, welche durch die Entziehung des sie veranlassenden Antrages entfallen[17])." Ich halte dies nicht für richtig; denn sobald der Schuldner geladen und gehört ist, liegt nicht mehr res integra vor, und offenbar muß dieser Akt „dem Beginne der mündlichen Verhandlung mit dem Beklagten" (in §. 243 der Civ.Pr.O.) gleich geachtet werden.

---

aber eben ohne Vorlage irgend eines Status nicht wohl eintreten. Wie Stieglitz S. 460 bemerkt, braucht das Material allerdings nicht in aller Vollständigkeit mit dem Antrage verbunden zu sein. Bei größeren, verwickelteren Vermögensverhältnissen würde häufig die Fertigung eines genauen Verzeichnisses und einer detaillirten Uebersicht zu viele Zeit in Anspruch nehmen. Das also kann nachgeholt werden. Aber auf den Antrag: „ich bitte den Konkurs zu eröffnen, denn ich bin zahlungsunfähig", wird der Richter ebensowenig den Konkurs eröffnen dürfen, als er den Antrag unberücksichtigt lassen darf, weil noch einer oder der andere Gläubiger nicht mit vollem Namen bezeichnet ist. In dieser Art hat sich auch die Praxis gestaltet; irgend ein Status wird unnachsichtlich verlangt; nur pflegt man beim Mangel eines solchen das Gesuch nicht einfach liegen zu lassen, sondern dem Schuldner wird von kurzer Hand bemerkt, daß er die erforderlichen Belege beibringen solle. Keinenfalls wird der Konkurs eröffnet, solange kein Status vorliegt.

16) Eine Ausnahme wird zuzulassen sein, wenn der Richter das Verzeichniß für materiell ungenügend erachtet; in diesem Falle muß er den Antrag allerdings zurückweisend bescheiden und dadurch dem Antragsteller die Angehung des Obergerichtes ermöglichen.

17) Den Motiven folgen: Fitting S. 281 Note 9, v. Sarwey S. 586, Stieglitz S. 458, v. Wilmowski S. 345. Praktisch ist die Frage nicht sehr wichtig, weil der Gemeinschuldner nach Zurückziehen des Antrages durch den Gläubiger, wenn er zahlungsfähig ist, eben selbst den Antrag aufnehmen kann; doch muß er immerhin in diesem Falle Mehr thun, als wenn er auf den Antrag des Gläubigers fortbauen darf.

Daß jeder andere Gläubiger den Antrag neu aufnehmen kann, versteht sich von selbst; ich sehe aber auch keinen gesetzlichen Grund, weshalb derselbe Gläubiger, soferne er die Kosten des früheren Verfahrens gedeckt hat[18]), nicht einen neuen verbesserten Antrag wieder sollte stellen können.[19]) Nur ist klar, daß, nachdem dies neue Anträge sind, sowohl derselbe wie ein anderer Gläubiger nicht etwa blos da fortfahren kann, wo der frühere Antrag zurückgenommen wurde, sondern den Erfordernissen des §. 97 der KO. von Anfang an und vollständig neuerdings nachkommen muß. Es ist, als wäre noch gar kein Antrag gestellt worden.

g. (ist zuzulassen).

Die Nichtzulassung des Antrages eines Gläubigers erfordert einen richterlichen Beschluß, welcher eben in jener Abweisung des Antrages liegt, gegen welchen von dem zurückgewiesenen Antragsteller nach §. 101 der KO. sofortige Beschwerde eingelegt werden kann[20]). Die Zulassung aber wird nicht in Form eines förmlichen Beschlusses dekretirt, sondern sie besteht faktisch in der Seitens des Richters in Gemäßheit des §. 97 Abs. 2 der KO. ergehenden Verfügung[21]). Diese Verfügung ist daher, eben weil sie kein eigentlicher Beschluß ist, vom Gemeinschuldner nicht nach §. 101 anfechtbar.

h. (wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht ist).

Der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Konkurses muß, um zugelassen zu werden, thatsächlich substanzirt sein. Hiezu gehört

18) Denn dazu ist er in Anwendung des mehrzitirten §. 243 der Civ.-Pr.-O. verpflichtet.

19) Fuchs (S. 116) sagt: „Geschieht dies (nämlich daß der Gläubiger den Antrag zurücknimmt), so bedarf es eines neuen selbstständigen Antrages seitens eines anderen Gläubigers" und beruft sich hiefür auf die Motive. Allein diese sagen nur: „es kann (nach der Zurücknahme) auch ein anderer Gläubiger in das Verfahren nicht eintreten, er muß den Erfordernissen des § 97 vollauf genügen." Dies ist freilich richtig.

20) Dem Schuldner („Gemeinschuldner" ist er ja noch nicht) wird der ablehnende Beschluß ebensowenig zugestellt, als nach §. 802 Abs. 3 der RCiv.-Pr.-O. dem Gegner die Zurückweisung des Arrestgesuches.

21) Ich bemerke dies deshalb ausdrücklich, weil einzelne Gesetzgebungen und auch noch der I. E. eine förmliche Entscheidung über die Zulässigkeit voraussetzten und erst nach geschehener Zulassung ein Verfahren eintreten ließen, welches mit einer Abweisung oder mit dem Eröffnungsbeschlusse endigte. Es ist die obige Ansicht wichtig, um das Rechtsmittel der Beschwerde auszuschließen.

zweierlei: es muß die Sachlegitimation des Gläubigers dargethan und die Voraussetzung des Konkursverfahrens überhaupt, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nachgewiesen werden. Jedoch muß beides nicht vollständig bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht sein[22]). Was nun die Legitimation betrifft, so wird eine Bescheinigung der Forderung nicht unterlassen werden dürfen[23]), „je vollständiger die Legitimation dargethan wird, desto besser", sagen die Motive; aber das Bestrittensein des Anspruches an sich schadet nichts. Noch weniger natürlich kommt in Betracht, wenn die Höhe der Forderung strittig erscheint[24]).

Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kann durch das Vorhandensein der Zahlungseinstellung[25]), durch Vorlage fruchtloser Exekutionsakte, oder durch Anführung sonstiger den Richter überzeugender Momente nachgewiesen, das heißt „glaubhaft gemacht" werden.

In Betreff des Ausdruckes „glaubhaft machen" ist zu bemerken, daß derselbe ein technischer ist. Die Civ.-Pr.-O. unterscheidet Beweis und Glaubhaftmachung[26]), und sagt in §. 266: „Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung

---

22) In diesem Punkte ist von Bedeutung, was der Reg.-Vertr. Hagens bei der Berathung äußerte. Er wies darauf hin, daß der Entwurf der Civilprozeßordnung die „Glaubhaftmachung" (ähnlich wie die Preußischen Vorschriften über Bescheinigung) nur als Vorbedingung des Antrages auf Entmündigung aufgenommen habe, dies aber bei der Berathung gestrichen worden sei, so daß nun ein Analogon in der Civ.-Pr.-O. fehle.

23) Bei der vollkommen freien Beweiswürdigung des Richters wird indessen derselbe auch unter Umständen die bloße Behauptung des Gläubigers für glaubhaft genug erachten können, um den Antrag wenigstens zuzulassen.

24) Daß nicht Vollstreckbarkeit vorhanden sein muß, ist schon oben (S. 174 Note 15) bemerkt. Vgl. über die Prüfung der Legitimation auch Busch Zeitschrift für Civ.-Pr. Bd. VIII S. 182 ff.

25) Die Zahlungseinstellung ist indessen nicht eine einzelne Thatsache, über welche dem Gegner der Eid zugeschoben werden könnte; dieselbe ergibt sich vielmehr aus Thatsachen und über diese muß die Eidesdelation stattfinden. Vgl. d. Erk. des ROHG. vom 13. Januar 1871, 11. Mai 1872 und 6. Mai 1873 in den Entscheid. Bd. IV S. 362, Bd. VI S. 16 u. 123 und Bd. X S. 69; dann die beiden Erk. des RG. vom 7. Dezember 1880 und 4. Februar 1881 in den Entscheid. Bd. III S. 399 u. 430.

26) Das Gesetz gibt übrigens nicht ein Maß der richterlichen Ueberzeugung an, wann diese etwas für bewiesen und wann nur für glaubhaft zu halten habe.

der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden [27]). Eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft." Diese Glaubhaftmachung soll genügen, wenn es sich nur um eine vorläufige Entscheidung handelt, welche den Rechten des Gegners nicht definitiv präjudizirt [28]) [wie dies auch bei der Zulassung des Konkurseröffnungsantrages der Fall ist, da dieselbe nur eine vorläufige ist und die Abweisung nach Anhörung des Schuldners nicht hindert] [29]).

Hieraus ergiebt sich, daß der antragstellende Gläubiger sowohl für seine Sachlegitimation, also den Bestand seiner Forderung, wie für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sich jedes sofort paraten Beweismittels, insbesondere auch vorhandener Zeugenaussagen [30]) bedienen kann.

i. (den Schuldner zu hören.)

I. Im I. E. (§. 104) war ein förmliches kontradiktorisches Verfahren über den zugelassenen Antrag eines Gläubigers vorgeschrieben, wofür Termine anzusetzen und ein provisorisch zu ernennender Verwalter nebst dem antragstellenden Gläubiger und dem Schuldner zu laden war. Es war dies das Entgegengesetzte von der bisherigen Preußischen Konkursordnung, nach welcher der Richter sofort dem Antrag entsprechend die Eröffnung des Verfahrens verfügen konnte. Das gegenwärtige Gesetz geht den Mittelweg; es will durchaus nicht ein förmliches kontradiktorisches Verfahren, aber doch, daß der Schuldner gehört werde und ihm Gelegenheit geboten sei, seine Erklärungen zu geben. Da eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, so kann der Schuldner zur schriftlichen Verantwortung zugelassen oder auch persönlich zu Protokoll vernommen werden.

---

27) Dies wird hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die eigentlich in abstracto ein dem Gläubiger fremder Zustand ist, nicht wohl zulässig erscheinen; es finden hier offenbar analog die Gründe statt, welche die Civ.-Pr.-O. in den Fällen des §. 44, 371 u. 508 zur Ausschließung des Eides als Mittel zur Glaubhaftmachung veranlaßt haben.

28) Z. B. in §§ 68 (Zulassung der Nebenintervention), 99 (Kostenfestsetzung), 202 (Antrag auf Verkürzung und Verlängerung von Fristen).

29) Außerdem wird statt Beweises die bloße Glaubhaftmachung bei Nebenpunkten zugelassen, z. B. beim Armenrecht u. s. w.

30) Die Motive (zum II. E. S. 329) geben noch weiter und sagen, es könne der Antragsteller Zeugen benennen; dies scheint mir indessen nicht thunlich; ich glaube, die Zeugenaussagen müssen dem Antrage bereits beiliegen, allenfalls als Notariatsakte. Das Reichsgericht hat in einem Erk. v. 5. Januar 1883 (Blum Bd. VII S. 183) die schriftliche eidesstattliche Versicherung eines Zeugen als geeignetes Mittel zur Glaubhaftmachung zugelassen.

Hervorzuheben ist, daß die Vorschrift, welche den Schuldner zur Einreichung des Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner, sowie einer Uebersicht der Vermögensmasse verpflichtet, unbedingt und allgemein nur für den Fall gilt, daß er selbst den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hat. War der Gläubiger der Antragsteller, so ist zwar der Richter befugt, ein solches Verzeichniß sich vorlegen zu lassen, es ist aber nicht absolut nothwendig, daß dies geschehe [31]).

II. Wie aber, wenn sich der Schuldner nicht hören läßt? Soviel steht fest, durch diese Weigerung wird der Eröffnungsbeschluß keineswegs verhindert; die Vernehmung des Schuldners ist zwar vorgeschrieben, sie erleichtert den Beschluß, sie ist nützlich; aber conditio sine qua non ist sie nicht. Obwohl die Fassung des Gesetzes offenbar das Gegentheil besagt [32]), führt doch die praktische Nothwendigkeit zur Auslegung: „nur die Vorladung des Schuldners zur Anhörung ist unerläßlich"; kommt er nicht, so hat er sich allen hiedurch ihm zugehenden Nachtheil selbst zuzuschreiben. Sonst könnte schließlich jeder Schuldner den Gläubigern unmöglich machen, die Konkurseröffnung zu erwirken [33]). Soviel aber bewirkt allerdings das Nichtantworten des Schuldners, daß nunmehr in der Regel Ermittlungen erfolgen müssen; der Richter kann bei der großen Präjudizirlichkeit für die soziale Stellung nur dann sofort die Eröffnung des Verfahrens beschließen, wenn die Zahlungsunfähigkeit ganz evident vorliegt [34]).

---

31) Hierüber war viel Kontroverse in der Kommission; der Antrag des Abg. Hullmann, den § 97 Abs. 2 so zu fassen: „Das Gericht hat den Schuldner zu hören, ihn zur Einlieferung eines Verzeichnisses seiner Gläubiger und Schuldner, sowie einer Uebersicht seiner Vermögensmasse anzuhalten u. s. w." wurde abgelehnt und das im Text Enthaltene ohne Widerspruch als Ansicht der Kommission constatirt. K. Prt. S. 76.

32) Es heißt ganz unbedingt: „so hat das Gericht den Schuldner zu hören" und da im dritten Absatz zwei Fälle besonders aufgeführt sind, in denen die Anhörung unterbleiben kann, müßte man nach dem Satze: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis strenge genommen argumentiren: „in allen anderen Fällen ist die Anhörung unerläßlich."

33) Vgl übrigens die Erläuterungen zu §. 98.

34) Ich modifizire damit meine in I. Auflage vertretene Ansicht, als ob in solchem Falle unter allen Umständen ein Ermittlungsverfahren einzutreten habe, und zwar überzeugt durch die Gründe, welche mir von anderen Autoren entgegengestellt wurden. Ich bin nunmehr in Uebereinstimmung mit Fitting §. 35 Note 12 und v. Wilmowski S. 350.

k. (einräumt).

Aus der Fassung des Gesetzes: „soferne dieser nicht — einräumt" folgt mit Nothwendigkeit, daß, sobald der Schuldner sich als insolvent bekennt, die Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß. Darin liegt also der Unterschied von dem in §. 96 supponirten Falle; beantragt der Schuldner selbst den Konkurs, so muß sich der Richter von der Thatsache der Zahlungsunfähigkeit durch genauen Nachweis überzeugen. Beantragt aber ein Gläubiger die Eröffnung des Verfahrens unter Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und der Schuldner bekennt sich daraufhin selbst gleichfalls für insolvent, so ist dies als genügend anzusehen [35]); sobald diese beiden Voraussetzungen gemeinsam eintreffen, muß das Konkursverfahren eröffnet werden [36]).

l. (die erforderlichen Ermittelungen anordnen).

Der Nachdruck liegt hier auf dem Worte: „erforderlich"; auf dieses ist das entscheidende Gewicht zu legen. Das Nachtheiligste, was bisher (namentlich in der Praxis) die gemeinrechtliche Theorie und die darauf gebauten Partikularrechte erzeugt hatten, waren die ohne bestimmte Formen in reiner Willkür sich bewegenden sogenannten Debitwesen, der Diskussionsprozeß, die langwierigen und von jedem strengen juristischen Verlaufe abgelösten „Vermögensuntersuchungen". Mit diesem Systeme — das kann gar nicht scharf genug betont und der Praxis nicht warm genug an das Herz gelegt werden — will, soll und muß absolut und definitiv gebrochen werden. Die Konkursordnung geht von dem Grundsatze aus, daß Verzögerungen in dem Vorverfahren, gerade in der Zeit, wo Alles auf rasche definitive und die Gläubiger sichernde Zustände drängt, die größten Gefahren in sich tragen [37]). Die Ermittelungen haben sich demnach auf das Nothdürftigste zu beschränken, namentlich ist stets im Auge zu behalten, daß das Gesetz keine Verhandlungen, sondern eben nur „Ermittelungen", das heißt richterliche Beweiserhebungen ge-

35) Gegen Kollusionen schützt der Umstand, daß der Richter, wenn er an die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als fingirt von Anfang an nicht glaubt, dann den Antrag des Gläubigers gar nicht zuläßt.

36) Ebenso Fitting S. 282, Petersen S 349, v. Sarwey S 593, A. A. Hullmann S. 241, Meisner S. 274 Note 4, Wengler S. 488, und v. Wilmowski S. 350. Stieglitz bemerkt (S. 462 Note f): „die Einräumung sei zwar auch in diesem Falle für den Richter nicht absolut bindend; allein nach Zulassung des Antrages werde er kaum jemals in die Lage kommen, das Eingeständniß des Schuldners und den Beweis der Zahlungsunfähigkeit zu beanstanden."

37) Nach den Motiven.

stattet. Es ist deshalb durchaus unzulässig, daß auf Grund des §. 97 Abs. 2 (am Schlusse) ein förmliches Verfahren zwischen dem Schuldner und den Gläubigern eingeleitet, langwierige Schätzungen angeordnet, über Forderungen und Gegenforderungen diskutirt oder gar auf Erzielung eines Vergleiches, einer Stundung, eines Nachlasses hingewirkt werde [38]). Alles dieses ist Sache des Konkursverfahrens selbst und gehört nicht in das Stadium der Prüfung, ob überhaupt auf Konkurs erkannt werden solle oder nicht [39]).

m. (kann unterbleiben).

Daß die Ladung des Gemeinschuldners unterbleiben kann, wenn dieselbe besondere Schwierigkeiten und Verzögerungen verursachen würde, erfordert die Dringlichkeit der Sache und ist für ähnliche Fälle auch in der Civ.-Pr.-O. (z. B. §. 740, §. 683 letzter Absatz) bestimmt [40]). Allein die Unterlassung der Abhörung ist nur fakultativ; läßt sich entweder die Zustellung an den Schuldner, obwohl er im Auslande sich aufhält, ohne besondere Schwierigkeit und Zeitverlust bethätigen [41]) oder findet der Richter bewegende Gründe, aus denen er, ohne zuvor den Schuldner gehört zu haben, seine Entscheidung nicht geben zu können glaubt, so kann er auch unter der Voraussetzung des §. 97 Abs. 3 das Resultat der Ladung abwarten. Gelingt es nicht, den Schuldner zum Erscheinen oder zu schriftlicher Vernehmlassung zu bewegen, so muß freilich der Richter auf dieselbe verzichten. Er kann nicht deshalb allein den Antrag unerledigt lassen oder gar abweisen.

n. (eine öffentliche Zustellung).

Eine öffentliche Zustellung erfolgt nach §. 186 der Civ.-Pr.-O. dann, wenn der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist oder wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung diese letztere unausführbar oder voraussichtlich erfolglos erscheint. Es wird aber, wie ich glaube, in vorliegendem Falle auch die Zustellung nach §. 167 der Civ.-Pr.-O. nicht ge-

---

38) Ich halte nur die Aufnahme von Notizen in diesem Ermittelungsverfahren für zulässig, Protokolle oder förmliche Akten aber für ausgeschlossen.

39) Ob inzwischen Sicherungsmaßregeln ergriffen werden können, siehe unten die Erläuterungen zu § 98.

40) Motive.

41) Z. B. das Amtsgericht Lindau wird angegangen, über den in Bregenz sich aufhaltenden Schuldner Konkurs zu verhängen. Hier ist offenbar der Aufenthalt im Auslande ohne erhebliche Bedeutung. Der Richter kann zwar — so lautet einmal das Gesetz — den Umstand releviren und die Ladung unterlassen; er kann sie aber vornehmen.

boten sein, sondern die Ladung des Schuldners auch dann nicht nöthig erscheinen, wenn er weder selbst, noch ein Angehöriger desselben anzutreffen ist.

o. (ein Vertreter).

Das Gesetz sagt nicht: „so ist ein Vertreter für den Schuldner aufzustellen und dieser zu hören“ [42]). Die Abhörung eines Vertreters ist also nur dann geboten, wenn einer vorhanden ist. Unter „Vertreter“ muß aber nicht bloß der gesetzliche Vertreter (§. 157 der Civ.-Pr.-O.) oder ein „Bevollmächtigter“, sondern überhaupt jede Person verstanden werden, welche an Stelle des Schuldners erforderlichen Aufschluß über dessen Zahlungsfähigkeit zu geben in der Lage erscheint [43]). Also wird etwa der Commis des abwesenden Kaufmannes, der Direktor einer vom Fabrikherrn im Stiche gelassenen Fabrik, die Buffetdame eines durchgegangenen Cafetiers, der Regisseur oder Kassier des verdufteten Theaterdirektors u. s. w. vernommen werden können.

p. (Angehöriger).

Unter „Angehörigen“ werden vor Allem die Verwandten, besonders die in §. 24 Ziff. 2 der KO. aufgeführten zu verstehen sein. Außerdem aber alle in häuslicher Gemeinschaft mit dem Schuldner lebende Personen, wie sich aus §. 166 der Civ.-Pr.-O. ergibt.

---

§. 98.

Sicherungsmaßregeln.

Das Gericht kann [a]) die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners [b]) anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen [c]) treffen. Es kann insbesondere ein allgemeines Veräußerungsverbot [d]) an den Schuldner erlassen. Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht [e]), so findet auf Pfand- und Hypothekenrechte, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach

---

42) Bekanntlich wurde im gemeinrechtlichen Verfahren für den abwesenden Schuldner ein Vertreter als sogenannter contradictor communis aufgestellt.

43) Der Generalbevollmächtigte und Prokurist (§. 159 der Civ.-Pr.-O.), der wenn auch in einer anderen Angelegenheit bestellte Anwalt, alle diese erscheinen ohnehin als „Vertreter“.

der Bekanntmachung des Verbots erworben oder eingetragen worden sind, die Bestimmung des §. 12 entsprechende Anwendung f).

Bei der Abweisung des Eröffnungsantrags g) sind die angeordneten Sicherheitsmaßregeln aufzuheben.

I. E. §. 105 §. 108 Abs, 1; II. E. §. 98; Pr. H. C Art. 788; Pr. KO. §. 137; B. Pr. O. Art. 1194.

a. (das Gericht kann).

I. Daß die in §. 98 bezeichneten Sicherungsmaßregeln schon vor Verkündung des Konkurseröffnungsbeschlusses angeordnet werden können, ist zwar im Gesetzestexte nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, ergibt sich aber aus dem Umstande, daß für die Zeit nach eröffnetem Konkurse schon durch die §§. 93 und 102 der KO. vorgesorgt wird, sowie auch aus dem zweiten Absatze des Paragraphen — wonach bei der Abweisung des Eröffnungs-Antrages die angeordneten Sicherheitsmaßregeln aufzuheben sind —, sodaß also offenbar die letzteren jedenfalls schon vor der Abweisung des Eröffnungsantrages zulässig sein müssen.

Es fragt sich nun aber: können die betreffenden Maßregeln erst getroffen werden, nachdem der Antrag des Gläubigers bereits zugelassen ist, also nur im Stadium seiner Verhandlung, oder schon vorher sofort, wenn der Antrag des Schuldners und bezw. des Gläubigers einläuft? Der I. Entwurf ließ keinen Zweifel, daß lediglich das Erstere beabsichtigt war, weil diese Maßregeln nur auf Anstehen des provisorischen Verwalters eintreten sollten, und dieser erst nach der Zulassung des Antrages erfolgte. Ich nehme aber, so wie das Gesetz jetzt lautet, keinen Anstand, die Anordnung der Sicherung schon sofort und ehe noch auf eine Prüfung des Antrages eingegangen wird, für thunlich zu erachten. Es wird aber dies nur ganz ausnahmsweise geschehen können, wenn absolute Gefahr auf Verzug besteht. In der Regel aber wird das Gericht derart nur dann vorgehen dürfen, wenn nicht nur der Eröffnungsantrag gestellt, sondern in demselben oder wenigstens nachträglich zu demselben auch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners glaubhaft gemacht ist [1]). Und zwar

1) Die hiesige Praxis hat sich zu meiner Freude ganz in diesem Sinne fixirt. Auf den Eröffnungsantrag des Gemeinschuldners erfolgen die Maßnahmen des §. 98, welche eine Sistirung des Erwerbes von Pfand- und Hypothekenrechten durch Partikularexekutionen zur Folge haben, ganz ausnahmsweise und nur insoferne Gefahr besteht, daß ohne ein solches Provisorium zum Nachtheile der par conditio creditorum einzelne Gläubiger unbilligerweise Absonderungsrechte erlangen würden. Zwischen der

deshalb, weil die einstweiligen Sicherheitsmaßregeln bei vorliegendem Konkursantrag jedenfalls unter die Klasse der Arreste und einstweiligen Verfügungen nach §. 796 der CPO. gehören [2]), bei diesen aber gemäß §. 800 daselbst sowohl der Arrestgrund als auch der Anspruch glaubhaft gemacht sein müssen.

Endlich kann noch gefragt werden, ob die einstweiligen Sicherungsmaßnahmen auch dann zulässig sind, wenn der Eröffnungsantrag abgewiesen, diese Abweisung aber noch nicht rechtskräftig geworden ist. In Abstrakto, glaube ich, läßt sich die Befugniß des Richters hiezu nicht bestreiten; in der Praxis [3]) aber wird derselbe nicht wohl dazu sich bewegen lassen; denn wenn er den Antrag abweist, so hat er sich nicht davon überzeugen können, daß ein Anlaß zur Konkurseröffnung vorliegt, und dann wird natürlich nach seiner Ansicht auch kein Grund zu Sicherungsmaßregeln vorliegen.

II. Arrestverfügungen können einestheils durch Kautionsbestellung abgewendet, anderntheils durch Kaution Seitens des Antragstellers gegen etwaigen Schaden zulässig werden (§§. 803, dann 801 und 805 der Civ.-Pr.-O.). Es fragt sich, wie verhalten sich diese Vorschriften für die Fälle des §. 98 der KO.? Die Motive [4]) erklären die Bestimmungen über Kautionsleistung im Konkursverfahren überhaupt unanwendbar; allein dies geht offenbar zu weit. Es ist richtig, die Vorführung und Haft, welche deshalb verfügt wurde, weil der Richter das persönliche Erscheinen des Schuldners dringend bedarf, wird durch Kautionsleistung nicht

---

Anordnung der Sicherungsmaßregeln und der wirklichen Konkurseröffnung liegt dann aber gewöhnlich nur der Zeitraum einiger Stunden, höchstens ein solcher von zwei oder drei Tagen

2) Die Motive bemerken übrigens, daß die hier in Frage stehenden Sicherheitsmaßregeln dadurch von den gewöhnlichen Arresten sich unterscheiden, daß sie nicht die Sicherung einer einzelnen Forderung, sondern aller bestehenden Konkursforderungen bezwecken. Es verbiete sich daher die unbedingte Anwendung der Vorschriften der Civilprozeßordnung von selbst.

3) Denkbar wäre es indessen, daß der Richter zwar den Antrag nicht völlig genügend substanzirt erachtet hat, daß aber, während die Sache in der Beschwerdeinstanz schwebt, ihm eine Maßregel angesonnen wird, deren Unterlassung dem Gläubiger unersetzbaren Schaden bringen könnte, deren Vornahme aber für den Schuldner unpräjudizirlich ist. In solchem Falle wird der Richter — um, wenn das Obergericht anderer Ansicht sein und den Konkursantrag zulassen würde, nicht den Gläubiger benachtheiligt zu haben — die Maßregel auch in diesem Stadium der Sache vorkehren.

4) Zum II. E. S. 331.

abgewendet werden können. Aber weshalb sollte gegen den Verdacht der Flucht nicht Sicherheit geleistet werden dürfen? Und wenn es auch wahr ist, daß die Ueberschuldung ihrem Begriffe nach dem Schuldner selbst die Stellung von Kautionen verbietet, so ließe sich ja doch sehr wohl denken, daß ein Dritter von dem Gemeinschuldner lästige Maßnahmen durch Sicherheitsleistung abzuwenden bereit ist. Warum sollte das verboten sein? [5]). Noch zweifelloser erachte ich die analoge Anwendung des §. 801 Abs. 2 der Civ.Pr.O. [6]); nur wird in diesem Falle der dem Schuldner drohende Nachtheil, da dessen ganze Existenz auf dem Spiele stehen kann, sehr hoch angeschlagen werden müssen. (Vgl. auch die Erl. zu lit. g.)

III. Welches Gericht „kann" die in §. 98 aufgeführten Maßregeln anordnen? An und für sich nur das zur Konkurseröffnung zuständige. Die Bestimmung, welche Art. 1194 der B. Pr.-O. aufstellte: „ist der Gemeinschuldner entwichen oder werden Sachen desselben bei Seite geschafft, so steht auch dem Einzelgerichte, in dessen Sprengel der Schuldner wohnt oder die Verschleppung von Massegegenständen stattfindet, die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln auf einfache Vorstellung eines Gantgläubigers zu" — ist in der Konkursordnung nicht enthalten. Ich finde dieselbe auch nicht nothwendig; in der Regel wird telegraphische Requisition Seitens des Konkursgerichtes zum Ziele führen. Wo indessen dies nicht sein sollte, muß der betreffende Gläubiger sich mittelst gewöhnlicher Arrestanträge helfen [7]).

---

5) Ich führe folgendes Beispiel aus der Praxis an: A, Besitzer einer großen Fabrik, sah sich momentan außer Stande, die fälligen Wechsel zu bezahlen, stand aber vor dem Abschlusse eines günstigen Kaufgeschäftes über seine Fabrik an die zahlungsfähige Aktiengesellschaft X. B, C und D, welche selbst diese Fabrik erwerben wollten, hatten protestirte Wechsel erworben, stellten Antrag auf Konkurseröffnung und drängten auf einstweiliges Veräußerungsverbot, angeblich, weil Gefahr bestehe, daß A nach Verkauf der Fabrik verschwinden werde. Hier intervenirte die Aktiengesellschaft X und offerirte Kaution für den Wechselbetrag und das Gericht unterließ daraufhin das Veräußerungsverbot. Weshalb sollte dies nicht mehr zulässig sein?

6) §. 801 Abs 2 lautet: „Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, soferne wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird."

7) Geht dies nicht an, so läge ein (allerdings etwas rabulistisches) Mittel zum Zwecke zu gelangen darin, daß auf Grund der (durch den Aufenthalt des Schuldners oder das Vorhandensein von Vermögen desselben) angeb-

b. (zwangsweise Vorführung und Haft).

Die zwangsweise Vorführung und Haft des Schuldners kann, obwohl das Gesetz dieselbe anscheinend unbedingt zuläßt, doch wohl nur dann eintreten, wenn diese Maßregel an sich um einen bestimmten Zweck zu erreichen nothwendig ist. Lediglich als Strafe für das Ueberschuldetsein kann man, wenn sonst nichts vorliegt, den Schuldner nicht verhaften[8]). Dagegen wohl, wenn Fluchtgefahr, wenn Verdacht unredlicher Manipulationen, Besorgniß von Verschleppung, Vernichtung der Bücher und dergleichen bescheinigt wird. Ebenso wird der Schuldner wohl erst dann „vorzuführen" sein, wenn er sich nicht freiwillig dem Gerichte stellt. Im Uebrigen vgl. über diese Arten der Sicherung die Erläuterungen zu §. 93 lit. b u. c (S. 136 ff.).

c. (alle zur Sicherung dienenden einstweiligen Anordnungen).

Zwei Momente müssen zusammentreffen, um in dem Vorstadium eine Anordnung als zulässig erscheinen zu lassen; sie muß 1) zur Sicherung der Masse dienen und 2) einstweilig sein, das heißt nur einen provisorischen, nicht in die Rechte Dritter definitiv eingreifenden Charakter an sich tragen. Als Grundsatz, von welchem der Richter ausgehen soll, stellen die Motive auf: „daß in Fällen, in denen vor der Eröffnung des Verfahrens Ermittelungen anzuordnen sind, welche längere Zeit in Anspruch nehmen können, der Zweck des Konkursverfahrens, eine gleichmäßige Be-

---

lich bestehenden Zuständigkeit (vgl. oben S. 12 ff.) auch bei dem betreffenden Gerichte Konkurs beantragt und zugleich pari passu die Sicherungsmaßregeln nachgesucht werden. Bei vorliegendem Konkursantrag ist aber das lokale Gericht unzweifelhaft zur Vornahme der letzteren kompetent, und wenn dann auch hinterher der Konkursantrag wegen Unzuständigkeit oder Prävention sich als unhaltbar zeigt, so ist doch inzwischen das eigentlich zuständige Gericht in der Lage gewesen und hat Zeit gefunden, die Requisition auf Fortsetzung der Sicherungsmaßregeln zu stellen.

8) Selbst unter der Pr. KO., welche noch die Verhaftung (vom Standpunkte der Schuldhaft aus) als Regel ansah, sagte §. 14 der mehrerwähnten Instruktion: „In denjenigen Fällen, in welchen die Verhaftung nach Vorschrift des Gesetzes in der Regel erfolgen soll, kann nach dem Ermessen des Gerichtes ausnahmsweise davon Abstand genommen werden, wenn besondere Umstände, insbesondere die Persönlichkeit und das bisherige Verhalten des Gemeinschuldners, sowie der offenbar unverschuldete Ausbruch des Konkurses, dies ohne Nachtheil für die Gläubigerschaft und das Verfahren als zulässig erscheinen lassen." Hiemit stimmen sämmtliche Autoren überein.

friedigung der Gläubiger zu erzielen, durch Handlungen des Schuldners oder anderer Gläubiger nicht vereitelt werden dürfe. Das Gericht habe nach eigenem Ermessen zu entscheiden und werde sich hiebei durch die Umstände des Einzelfalles leiten lassen. Wo nicht der Gemeinschuldner selbst die Eröffnung des Verfahrens beantrage, oder sonst die Voraussetzungen der Konkurseröffnungen klar vorliegen, werde das Gericht in der Regel solche Maßregeln vermeiden, welche den Kredit des Gemeinschuldners vernichten oder unwiderbringlich beschädigen müßten."

Die Siegelung [9]) und Sperre [10]) des schuldnerischen Vermögens (Beschlagnahme von Aktivforderungen u. dgl.) gehört unzweifelhaft zu den zulässigen Maßregeln; ebenso darf der Schuldner auch anderweitig sofort außer Besitz gesetzt und ihm selbst Disposition und Administration über sein Vermögen entzogen werden. Dagegen würde z. B. die Sistirung eines Fabrikbetriebes, die Schließung des Geschäftes nicht mehr den Charakter der „Einstweiligkeit" tragen, sondern geradezu — im Falle der Konkurs nicht folgt — ein damnum irreparabile bilden [11]). Noch weniger zulässig aber wäre natürlich die Sistirung der Einzelexekutionen [12]), worüber die folgende Erläuterung zu vergleichen ist.

d. (ein allgemeines Veräußerungsverbot).

Die Sistirung der Einzelexekutionen tritt nach §. 11 der KO. nur während des Konkurses ein; so lange also das Verfahren nicht durch einen rechtsförmlichen Beschluß eröffnet ist, gehen die Spezialvollstreckungen ungehindert fort [13]). Die provisorische Sistirung der Exekutionen wäre absolut irrthümlich — sagen mit Recht die Motive —, weil dadurch für den Fall der Abweisung des Eröffnungsantrages die Gläubiger in ungerechtfertigter Weise geschädigt würden. Das allgemeine Veräußer-

---

9) Diese ist in der Pr. KO. §. 137 ausdrücklich aufgeführt.

10) „Sperre" nicht im physischen Sinne als „Zusperren" des Ladens, des Hauses u. s. w., sondern im Sinne „Verhinderung von weiterer Verminderung."

11) Auch hier stimmen sämmtliche Autoren mit mir überein.

12) Beantragt der Schuldner selbst den Konkurs, so möchte dies unter Umständen zulässig erscheinen; allein wenn diese Umstände vorliegen, so kann auch sofort der Konkurs eröffnet werden und dann soll der Richter nur damit vorgehen und sich nicht mit provisorischen Maßregeln behelfen.

13) Damit ist denn nun freilich der früheren Praxis ein harter Riegel vorgeschoben; denn das war unter dem alten Rechte ja die Hoffnung aller frivolen Schuldner, Präparatorien zu erwirken, sich Ruhe vor dem Fortgang aller Exekutionen zu schaffen, und dann Jahrelang ein „Debitwesen" hinzuschleppen.

ungsverbot hindert demnach wohl den Schuldner, freiwillig von seinem Vermögen etwas wegzugeben, nicht aber den berechtigten Gläubiger, aus diesem Vermögen etwas wegzunehmen. Dem Schuldner gegenüber gilt dies unbeschränkt, den Mitgläubigern gegenüber wird diese Befugniß durch die Rücksicht auf etwa gleiches Recht eingeschränkt.

Indessen ist auch die Rechtshandlung des Schuldners, welcher gegen das Verbot Etwas veräußert, keineswegs total und absolut nichtig [14]). „Der Schuldner — sagen die Motive — ist noch dispositionsfähig, Schranken setzt nur das in einer absichtlichen oder bewußten Verletzung des Konkursanspruches begründete Anfechtungsrecht und der Dritte kommt durch das bestehende Veräußerungsverbot in die rechtliche Stellung desjenigen, der von einem zur Veräußerung nicht Befugten erwirbt. Seine Verpflichtung den Gläubigern gegenüber wird daher je nach seiner bona oder mala fides zu beurtheilen sein [15]).

e. (Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht).

In zwei Fällen tritt eine Berücksichtigung des Mitanspruches der übrigen Gläubiger gegenüber dem Fortgang der Partikularexekutionen vor Eröffnung des Konkursverfahrens ein: 1) in Folge der allgemeinen Anfechtbarkeit nach den Bestimmungen der §§. 23—25 der KO. [16]), sofern der exequirende Gläubiger von der Zahlungseinstellung und dem Antrage auf Konkurseröffnung Kenntniß hatte. Hierunter fällt natürlich auch die Kenntniß von dem erlassenen Veräußerungsverbote selbst; denn der Gläubiger, welcher erfährt, daß ein solches ergangen ist, muß ja an und für sich auch dadurch inne werden, daß der Konkurs über den Schuldner beantragt ist [17]). 2) Auch abgesehen von dieser Kenntniß aber tritt vermöge einer speziellen Bestimmung des Gesetzes, welche in §. 98 enthalten ist, diese Folge ein, wenn das Veräußerungsverbot öffentlich

---

14) Eine Zuwiderhandlung des Gemeinschuldners gegen das Verbot würde dessen Verhaftung rechtfertigen. v. Sarwey S. 598.

15) Fitting §. 24 Note 3, Mandry S. 246 und auch Stieglitz S. 465 scheinen weiter zu gehen und insbesondere die Wirkungen des nach §. 98 der KO. ergehenden Verbotes „im Allgemeinen nach den landesrechtlichen Vorschriften über die Wirkungen richterlicher Veräußerungsverbote" zu beurtheilen. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschließen. Das auf Grund der gemeinsamen Deutschen Konkursordnung ergehende Veräußerungsverbot kann seine Folgen nicht nach „landesrechtlichen" Normen, sondern nur nach den allgemeinen Principien der Deutschen Konkursordnung bemessen lassen.

16) Vgl. Abth. I S. 300 ff.

17) Ebenso Mandry S. 247, Stieglitz S. 465, v. Wilmowski S. 354.

bekannt gemacht ist. In diesem Falle fingirt nämlich das Gesetz die Kenntniß des Gläubigers und zwar ist dies eine sogenannte praesumtio juris et de jure, es kann nämlich der Gläubiger sich von der Folge der öffentlichen Bekanntmachung dadurch nicht befreien, daß er beweist oder beweisen will, er habe das Veräußerungsverbot demohngeachtet nicht gekannt. Umgekehrt genügt aber, wenn die Veröffentlichung des Verbotes nicht erfolgt ist, nicht der Beweis, daß dasselbe erlassen worden ist, sondern es muß nachgewiesen werden, daß der Gläubiger dasselbe wirklich gekannt habe [18]).

f. (die Bestimmung des §. 12 entsprechende Anwendung).

Bei der Berathung (K. Pr. S. 77) wurde bemerkt, diese Vorschrift beziehe sich nicht auf freiwillig eingeräumte Pfandrechte, vielmehr bewende es bei diesen beiden Vorschriften über die Anfechtbarkeit. (Vgl. übrigens hierüber Abth. I S. 192 ff.).

g. (Bei der Abweisung des Eröffnungsantrages).

Wenn man diese Worte streng nehmen wollte, so käme man damit nach meiner Meinung zu zwei irrigen Folgesätzen: einmal, daß die Aufhebung der Maßregeln nur zugleich mit der Abweisung des Antrages auf Konkurseröffnung erfolgen dürfte [19]), und dann, daß mit der Abweisung sofort auch die Maßregeln unter allen Umständen aufhören müßten. Allein was das Erste betrifft, so muß schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die provisorische Maßregel dann hinwiederum aufgehoben werden, wenn die Momente, auf welche hin sie verhängt wurde, nachträglich hinwegfallen oder als unstichhaltig erwiesen werden [20]), und jedenfalls ist kein Grund vorhanden, warum, soferne Kautionsleistung möglich ist und die Sicherung durch eine solche wirklich vollständig erfolgt, diese Beseitigung der anderweitigen Maßnahmen nicht sollte eintreten können. Hinsichtlich des zweiten Punktes aber wird dem Antragsteller nicht wohl, bevor die Abweisung in Rechtskraft erwachsen ist [21]), präjudizirt wer-

18) Das Gesetz spricht sich über das „Gekannt-Haben-Müssen" nicht aus; es wird also dieses Moment nur insoweit in Betracht gezogen werden dürfen, als daraus eine Vermuthung für die thatsächliche Kenntniß bewirkt wird. Bei der nunmehr stattfindenden freien Beweistheorie kommt die Sache ohngefähr auf dasselbe heraus.

19) Ich bemerke indessen ausdrücklich, daß die Motive zum II. E. S. 331 diese Meinung zu vertreten scheinen.

20) Freilich wird in diesem Falle wohl auch in der Regel der Antrag selbst als hinfällig erscheinen; allein absolut nothwendig ist dies nicht. Ebenso Mandry S. 172 und die übrigen Autoren.

21) A. A. Petersen S. 348, Stieglitz S. 467, v. Wilmowski S. 354, während Fitting §. 35 Note 26, v. Sarwey S. 599 mir zustimmen.

den dürfen [22]). Die Wiederaufhebung der angeordneten Sicherheitsmaßregeln erfolgt nicht gelegentlich, sondern mit der Abweisung [23]) und kann daher auch nicht früher faktisch in Wirksamkeit treten, als bis diese Abweisung in Vollzug gesetzt ist. Ob dieses letztere sofort oder erst nach Entscheidung der etwa erhobenen Beschwerde erfolgt, liegt im Ermessen des Richters, worüber §. 101 lit. a zu vergleichen ist.

---

§. 99.

Abweisung des Eröffnungsantrages.

Die Abweisung des Eröffnungsantrages kann erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

I. E. §. 108; II. E. §. 99; P. H. E. — P. KO. §. 306, 339; B. Pr. O. —

I. Das Gesetz hat den eigentlichen Fall der Abweisung des Eröffnungsantrages als selbstverständlich [1]) mit Stillschweigen übergangen; es ist dies der im I. E. §. 108 als Abs. 1 formulirte:

„Erachtet das Gericht den Eröffnungsantrag für unbegründet, so erkennt es auf Abweisung des Antrages."

---

22) Bei der zweiten Lesung (K. Prt. S. 162) beantragte v. Sarwey beizusetzen: „ebenso im Falle einer Zurücknahme vor der Bestätigung des Eröffnungsbeschlusses nach erhobener Beschwerde." Reg.-Rath Hagens bemerkte hierauf: „der vorgeschlagene Satz sei richtig, so lange der Antragsteller noch Herr seines Antrages geblieben, andere Gläubiger nicht beigetreten. Dieser Fall der Zurücknahme des Antrages liege nicht anders als der einer Zurücknahme vor dem Erlaß des Beschlusses." v. Sarwey wollte nun lediglich das Wort „Zurücknahme" eingeschaltet wissen, allein dieser Antrag wurde nicht angenommen, „weil die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln zwar bei der Abweisung sofort und ohne Antrag erfolgen könne, bei einer Zurücknahme des Eröffnungsantrages aber eigens beantragt werden müsse." Ich halte einen solchen speziellen Antrag nicht für nöthig; denn das Verlangen, die provisorischen Maßnahmen aufgehoben zu sehen, liegt schon in der Zurücknahme des Eröffnungsantrages, ich glaube also, v. Sarwey hatte Recht, der Richter muß in solchem Falle ex officio vorgehen.

23) Der Richter wird auch formell nicht zwei Entscheidungen erlassen, einen Beschluß auf Abweisung und eine separate Verfügung auf Aufhebung der Maßregeln; sondern diese letztere wird dem ersteren angehängt und beide werden daher zusammen vollzogen.

1) Motive zum II. E. S. 331.

Bei den Berathungen (K. Prt. S. 77 führte diese formelle Lücke zu dem Antrage, das Wort „auch" einzufügen und es wurde bemerkt, daß bei Abfassung des Entwurfes in Frage kam, zu sagen „insbesondere". Allein beides wäre unrichtig; denn im Falle Unbegründetseins des Antrages „kann" nicht blos das Gericht ihn abweisen, sondern es muß ihn abweisen. So wie die Sache jetzt steht, findet man den Satz, daß der Antrag auf Konkurseröffnung, wenn derselbe den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht oder wenn die erforderlichen Nachweise nicht ausreichend vorliegen oder nachgebracht werden, abgewiesen werden muß, argumento e contrario aus §. 94 der KO.

II. Daß über die Zulassung oder Abweisung des Eröffnungsantrages ein förmlicher Gerichtsbeschluß erlassen werden muß und nicht blos eine stillschweigende Zulassung durch Ernennung eines Konkursverwalters, Bestellung eines Gläubigerausschusses, Erlassung des offenen Arrestes, Bestimmung der Anmeldefrist und des allgemeinen Prüfungstermines u. s. w. erfolgen kann, und ebensowenig eine stillschweigende Abweisung durch Unterlassung aller und jeder Verfügung oder sonstiger Maßregel, ist zwar im Gesetzestexte nicht ausgesprochen, muß aber als selbstverständlich betrachtet werden, gemäß der allgemeinen Regel des gerichtlichen Verfahrens, daß auf jeden Antrag, welcher nicht geradezu gesetzwidrig oder inept ist, eine ausdrückliche Verfügung erlassen werden muß.

III. An und für sich ist ein Konkursverfahren seinem Begriffe nach (Abth. I S. 31: „verhältnißmäßige Vertheilung des Vermögens eines zur vollen Befriedigung aller Gläubiger nicht fähigen Schuldners unter die einzelnen Gläubiger") ohne Masse nicht denkbar. Aber auch wenn zwar Vermögen zur Bildung einer Masse vorhanden, diese jedoch so gering sein sollte, daß sie voraussichtlich durch die Kosten des Verfahrens würde aufgezehrt werden, „kann die Zulassung des Konkurses Niemanden zum Vortheile gereichen, sondern würde nur als eine ungerechte Härte gegenüber den Gläubigern erscheinen, welchen die Konkursordnung nach §. 11 jede Exekution gegen den Gemeinschuldner abschneidet." (Mot.) Das Gesetz hat deshalb diesen Fall hervorgehoben und den Richter zwar nicht verpflichtet, wohl aber (durch das Wort „kann") ihm die Befugniß ertheilt, bei absoluter Geringfügigkeit der voraussichtlichen Masse [2]) den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zurückzuweisen [3]).

---

2) Stellt sich diese Voraussetzung erst später heraus, so erfolgt nach §. 190 der KO. die Einstellung des Verfahrens.

3) Daß hiegegen Beschwerde an das Obergericht stattfindet, versteht sich von selbst.

Ob eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse vorhanden ist oder nicht, bietet nun allerdings in manchen Fällen einige Schwierigkeiten, weil man einerseits bei dem Beginne des Konkurses mitunter schwer mit Sicherheit berechnen kann, ob derselbe mehr oder weniger weitläufig werden wird, und weil andererseits das Vermögen des Gemeinschuldners oft nur in solchen Einkünften besteht [4]), welche an seine Person geknüpft sind, also von seiner Lebensdauer abhängen, oder durch bestimmte Handlungen oder Unterlassungen desselben aufhören können, z. B. Besoldungen, Gagen u. s. w., oder weil oft Vermögensobjekte vorhanden sind, welche sich zwar augenblicklich nicht im Besitze des Gemeinschuldners befinden, aber wegen besonderer Verhältnisse oder in Folge Anfechtung nachtheiliger Rechtshandlungen desselben zur Konkursmasse vindicirt werden können. Es läßt sich daher bezüglich der Summe, welche als zur Konkurseröffnung zu geringfügig zu erachten ist, keine bestimmte Regel aufstellen, es muß vielmehr dieser Punkt dem jeweiligen richterlichen Ermessen überlassen werden.

Nach meiner Ansicht wird indessen der Richter von der ihm ertheilten Befugniß nur bei ganz vollständiger Unzweifelhaftigkeit der Sache Gebrauch machen und in der Regel dann nicht, wenn Gläubiger den Antrag stellen, weil diese ohnehin nur dann hiezu schreiten werden, wenn sie für sich einen Vortheil daraus ersehen [5]).

Hiefür besteht gerade in der zuletzt erwähnten Möglichkeit, durch Anfechtung nachtheiliger Rechtshandlungen des Gemeinschuldners Befriedigungsbezüge herbeizuschaffen, ein besonderer Anlaß. Denn [6]) falls das Gericht, ohngeachtet die Gläubiger solche Anfechtungen in Aussicht stellen, auf den Antrag nicht eingeht, so entzieht es denselben das spezifische Anfechtungsrecht, denn dieses kann ja nach den in Buch I Titel III erörterten Bestimmungen nur im Konkurse und vom Konkursverwalter geltend gemacht werden. Ein solcher Eingriff in die Rechte der Gläubiger wäre wohl kaum gerechtfertigt.

IV. Bei der Berathung [7]) bemerkte von Sarwey, daß sich ohne

---

4) Vgl. unten Note 10.

5) Wenn der Gemeinschuldner Vermögen besitzt, welches zwar der Exekution nicht unterliegt, wohl aber im Konkurs zur Masse gezogen werden kann (vgl. Bd. I S. 97) und dasselbe von einigem Werthe ist, kann §. 99 nicht zur Anwendung kommen. Vgl oben §. 94 S. 171.

6) v. Sarwey S. (168) 199. Vgl. auch Puchelt in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. III S. 10 u. 11.

7) K. Prt. S. 77.

vorgängige Schätzung nicht wohl die Voraussetzung des §. 99 werde feststellen lassen. Dies ist richtig; indessen wird in der Regel sich schon aus dem Augenscheine das Vorhandensein einer genügenden Masse abschätzen lassen [8]) und keine besonderen Erhebungen nöthig werden. Aber auch bei Zweifelhaftigkeit der Sache glaube ich nicht, daß ein förmliches Schätzungsverfahren, eine umfassende und spezielle Inventarisirung zulässig ist; dies würde das präparatorische Verfahren allzusehr verzögern. Ist vielmehr das Nichtvorhandensein der genügenden Masse nicht sofort klar, so wird (wie schon vorher bemerkt) der Konkurs einzuleiten sein; der §. 190 gewährt ja ohnedem das Recht, sobald sich später der Mangel zeigt, das Verfahren einzustellen.

Bei der Abschätzung dürfen die mit Pfand-, Hypotheken- und sonstigen Absonderungsrechten belasteten Vermögensstücke der Masse nicht zugerechnet werden, soweit nicht aus denselben ein Ueberschuß für die persönlichen Gläubiger zu erwarten ist, und nur bis zum voraussichtlichen Betrage dieses Mehrerlöses [9]). Denn nach §. 3 der KO. erfolgt die Befriedigung der Absonderungsberechtigten außerhalb des Konkurses [10]).

V. Die frühere Bayerische Prioritätsordnung hatte in §. 33 die Bestimmung aufgestellt, daß im Falle voraussichtlich die ganze Masse von den bevorzugten Gläubigern verschlungen würde, die übrigen Gläubiger den Konkurs nur nach Erlegung eines verhältnißmäßigen Kostenvorschusses fortsetzen können. Ist nach der KO. diese Modalität noch zuläſſig? So wie das Gesetz lautet, ist meines Dafürhaltens ausgeschlossen: 1) daß der Richter dem antragstellenden Gläubiger die Verpflichtung auferlegt, einen weiteren Kostenvorschuß als die Konkursgebühr behufs Einleitung oder Fortsetzung des Konkursverfahrens zu erlegen; 2) daß der

---

8) Z. B. es liegt der Besitz eines Hauses, eines Waarenlagers, bedeutender Aktiva vor.

9) Dies war natürlich im früheren Verfahren, wo die dinglich Berechtigten auch im Konkurse liquidiren mußten, nicht der Fall und damit wird wohl in Zukunft die Nothwendigkeit des Konkursverfahrens sich sehr reduziren.

10) Die Pr. KO. (§. 339) hatte für den gemeinen Konkurs auch Besoldungen und andere an die Person des Gemeinschuldners gebundene Einkünfte von der Berechnung ausgeschlossen Allein hiezu liegt — wie die Motive bemerken — kein legislativer Grund vor; man könne die Entscheidung, ob in Ermanglung eines anderen Vermögens die fraglichen Bezüge eine genügende Masse bilden, füglich dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Häufig werde dieses die Frage geradezu deshalb zu verneinen haben, weil durch ältere Pfändungen der exekutionsfähige Theil dieser Einkünfte auf längere Zeit hinaus absorbirt sei.

antragstellende Gläubiger durch Erlage eines Vorschusses den Richter zwingen kann, den Konkurs zu eröffnen oder fortzusetzen [11]). Nicht ausgeschlossen dagegen ist, daß der Gläubiger, im Falle der Richter an dem Vorhandensein einer genügenden Masse zweifelt, durch Erbieten zum Kostenvorschusse dieses Bedenken hebt, und namentlich in dem unter Nr. III näher bezeichneten Falle würde, falls ein solches Anerbieten gemacht ist, die Zurückweisung gegen das oberste Prinzip der Rechtspflege [12]) verstoßen [13]).

---

§. 100.

Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens.

Der Eröffnungsbeschluß [a]) hat die Stunde der Eröffnung anzugeben [b]).

Ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen ist.

I. E. §. 110; II. E. §. 100; Pr. H. G. Art. 771; Pr. KO. §. 121; B. Pr. O. Art. 1206.

a. (Der Eröffnungsbeschluß).

Der Beschluß [1]), es sei das Konkursverfahren zu eröffnen, ergeht entweder sofort auf den Antrag des Schuldners oder nachdem der Richter über die Angaben des Schuldners Erhebungen gepflogen hat; sodann auf den Antrag eines Gläubigers entweder sofort, wenn der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, oder falls dies nicht geschieht, nachdem die erforderlichen Ermittelungen gepflogen sind. Hienach bestimmt sich sein Inhalt; indem nach §. 284 der Civ.-Pr.-O.

---

11) v. Wilmowski (S. 355) sagt: „Die mit Rücksicht auf die ähnlichen Vorschriften der Civ.-Pr.-O. §§. 306 u. 309 vielfach von Kaufleuten behauptete Ansicht, daß es genüge, wenn der Antragsteller einen entsprechenden Betrag einzahle, ist natürlich unbegründet."

12) Die Institutionen beginnen: Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

13) Ebenso Fitting §. 36 Nr. 32, Stieglitz S. 468.

1) Obwohl das Gesetz diesen richterlichen Akt als „Beschluß" bezeichnet, stellt sich derselbe seiner inneren Qualität nach als ein Urtheil im wahren Sinne des Wortes dar, vgl. Schultze S. 11.

außer der Bezeichnung des Gerichts und des Schuldners, sowie des etwa antragstellenden Gläubigers, eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes unter Hervorhebung der gestellten Anträge und die Gründe der getroffenen Entscheidung darin niederzulegen sind [2]). Der Beschluß wird also etwa so lauten [3]):

„Das k. Amtsgericht München

beschließt auf den Antrag des Kaufmannes Mathias Verlust von Schwabing d. d. 12. Januar 1880, nachdem sich aus dem von ihm am 13. desselben Monates nachgebrachten Verzeichniß seiner Gläubiger im Zusammenhalte mit der Uebersicht seiner Vermögensmasse, ferner aus den von Amtswegen adhibirten gegen ihn laufenden Spezialprozeßakten ergeben hat, daß derselbe zahlungsunfähig ist:

es sei über das Vermögen des Mathias Verlust das Konkursverfahren zu eröffnen.

(Nun folgen die weiteren Verfügungen vgl. unten §. 12 u. ffg.).

München den 14. Januar 1880 Vormittag zehn Uhr."

(Unterschrift des Amtsrichters) [4]).

oder:

„Das k. Amtsgericht München

beschließt auf den Antrag des Fabrikbesitzers Spinnhuber von Mering d. d. 12. Januar 1880: in Erwägung, daß zwar eine Erklärung des Kaufmannes Mathias Verlust aus Schwabing, welche seine Zahlungsunfähigkeit einräumt, nicht vorliegt, daß aber nach den gepflogenen Ermittelungen genannter Verlust seit dem 10. Januar 1880 seinen Laden gesperrt hat und sich weder in seinem Geschäftslokale noch seiner Wohnung treffen läßt, ferner nicht nur der von Spinnhuber am 11. Januar 1880 präsentirte fällige Wechsel von 1000 Mark, sondern auch verschiedene andere Wechsel in Protest gegangen sind, daß sonach Mathias Verlust unzweifelhaft seine Zahlungen eingestellt hat, aus diesen Gründen werde über das Vermögen des Mathias Verlust der Konkurs hiemit eröffnet.

München den 12. Januar 1880 Nachmittags vier Uhr" [5]).

---

2) v. Wilmowski S. 356 hält dies für erforderlich, v. Sarwey S. 603 erklärt die Beifügung wenigstens für zulässig und Fitting S. 290 Note 1 am Ende für angemessen.

3) Die Eingangsformel richtet sich nach dem Landesrecht; in Bayern also lautet sie:

Im Namen Seiner Majestät des Königs.

4) Dem im Akte liegenden Beschlusse pflegt man kein Siegel beizudrücken. Die Ausfertigung dagegen wird gesiegelt, aber nicht vom Amtsrichter, sondern nur vom Gerichtsschreiber unterzeichnet.

5) v. Sarwey sagt (S. 915 Note 8): es wird sich empfehlen, für den Ge-

b. (die Stunde der Eröffnung anzugeben).

I. Die Wirkungen des Konkursverfahrens beginnen mit dem Zeitpunkte der Eröffnung derselben. Die Frage, wann der Konkurs als „eröffnet" zu erachten sei, ist deshalb eine sehr wichtige. Im älteren Gemeinen Recht wurde angenommen, daß die Gant erst mit dem Anschlag der Ediktalien beginne [6]); später galt die Erlassung des decretum de aperiundo [7]) und zwar der Eintritt der Rechtskraft desselben [8]) als Zeitpunkt des Konkursbeginnes. Die Preußische Konkursordnung ging einen Schritt weiter und bestimmte sogar die Stunde, in welcher der Konkurs als eröffnet zu gelten habe, mit den Worten (§. 121): „der Zeitpunkt der Konkurseröffnung fällt auf die Stunde, in welcher der Beschluß gefaßt worden ist." Die Bayerische Prozeßordnung folgte in einer Hinsicht diesem Vorgange, ließ jedoch (Art. 1206) „die gesetzlichen Wirkungen der Ganteröffnung von der Stunde der Verkündigung des Ganterkenntnisses eintreten." Welchem dieser beiden Systeme nun schließt sich unser Gesetz an? Die Motive zum II. E. sagen (S. 332): „Der §. 100 verordnet, daß die Feststellung in dem Eröffnungsbeschlusse geschehen soll. Natürlich handelt es sich hiebei nicht um eine richterliche Entscheidung, sondern nur um eine Beurkundung. Die Eröffnung fällt mit dem Augenblicke der Verkündung des Urtheils zusammen, auch dann, wenn diese ausnahmsweise auf einen späteren Termin vertagt sein möchte, da erst durch die Verkündung der Beschluß bindende Kraft erhält."

---

richtsschreiber auf der linken Seite unter den Beschluß die von ihm zu besorgenden Geschäfte beizufügen: a) die Erlassung der vorgeschriebenen Bekanntmachung, b) die Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an die bekannten Gläubiger durch Aufgabe zur Post, c) die Mittheilung einer Abschrift des Eröffnungsbeschlusses an die Behörde zur Führung des Handels- und Genossenschaftsregisters, an die Dienstbehörde, an das Hypothekenamt u. s. w.

6) So auch nach dem bayr. Cod. judic. v. 1753 Cap. XIX §. 3 Annot. a: „Wann der Universal-Konkurs eigentlich anfange, wird zwar bestritten, aber a potiori dafür gehalten, daß der Anfang in der öffentlichen Affigirung der Proclamen bestehe."

7) v. Bayer a. a. O. S. 126. Schweppe §. 26 erklärt die Gant als begonnen, „sobald der Richter den Gläubigern den Weg zu den Gütern öffnet," was durch das decretum, aber auch durch andere Akte (als Ediktalien, die Exmission u s. w.) geschehen könne.

8) Fuchs S. 103. Auch in Bayern ehedem in der Praxis angenommen, ohngeachtet des entgegenstehenden Wortlautes des Gesetzes, vgl. Seuffert, Kommentar zur G.O. Bd. IV S. 406.

Hiernach könnte es scheinen, als ob nach der Konkursordnung der Grundsatz des Bayerischen Prozesses gleichfalls Geltung haben und die Stunde der Verkündung, nicht die Stunde der Fassung des Beschlusses als Anfang des Konkurses erachtet werden sollte. Allein diese Auslegung wäre nach meinem Dafürhalten irrig, die Durchführung des Grundsatzes sogar unmöglich. Die Motive zum II. E. sind wörtlich aus denen zum I. E. (S. 55) herübergenommen; dieser I. E. [9]) hatte über jeden Antrag (mochte er vom Schuldner selbst oder von einem Gläubiger ausgehen) ein förmliches kontradiktorisches Verfahren [10]) vorgeschrieben, an dessen Ende das Urtheil verkündet wurde. Hier [11]) war denn auch ganz entsprechend der Moment dieses Urtheiles als der entscheidende erklärt; die Stunde der Verkündung mußte konstatirt werden, von ihr an begann der Konkurs; war die Konstatirung der Stunde versäumt, so galt [wie der §. 110 Abs. 2 des I. E. sagt:] die Mittagsstunde desjenigen Tages, an welchem das Urtheil verkündet worden ist [12]), als Stunde der Publikation und damit als Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens. Dieses System ist aber im gegenwärtigen Gesetze nicht adoptirt; es findet keinerlei kontradiktorische Verhandlung statt; auf Antrag des Schuldners kann ohne Weiteres, auf Antrag eines Gläubigers nach kurzen Ermittelungen der Eröffnungsbeschluß ergehen. Dieser Eröffnungsbeschluß ist, weil er nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht, überhaupt nicht zu verkünden, sondern zuzustellen (§. 294 der Civ.-Pr.-O.) und sofort öffentlich bekannt zu machen. Die öffentliche Bekanntmachung gilt nach §. 68 Abs. 3 als Verkündung an alle Betheiligte. Schon hieraus ergibt sich, daß nicht die „Stunde der Verkündung" als Zeitpunkt der Eröffnung angesehen werden kann, denn die Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung richtet sich nicht nach wechselnden Stunden, sie gilt ja immer mit „Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des betreffenden Blattes" als bewirkt [§. 68 Abs. 1] [13]).

---

9) Auch im Bayr. Prozesse von 1869 war eine Art von Verfahren (Anhörung des Staatsanwaltes in geheimer Sitzung) vorgeschrieben, als dessen Schluß dann allerdings die Verkündung des Beschlusses erscheinen konnte.

10) Daher noch der in den Motiven gebrauchte Ausdruck: „Urtheil". Ebenso setzt eine „Vertagung" der Publikation (vgl. die oben citirte Stelle der Motive) eine Sitzung voraus, in welcher Parteien anwesend sind oder anwesend sein können, vgl. §. 281 der Civ.-Pr.-O.

11) Vgl. die §§. 102 bis 110 des I. Entwurfes.

12) Der §. 100 Abs. 2 der KO. zeigt hier eine bemerkenswerth andere Fassung; statt „verkündet" heißt es „an welchem der Beschluß erlassen ist."

13) Nach dem I. E. erfolgte die Verkündung zu gleicher Zeit an alle Bethei-

Unter diesen Umständen kann nichts anderes angenommen werden, als daß die Motive keine Beachtung behufs Auslegung des Gesetzes mehr beanspruchen können, daß vielmehr lediglich der Wortlaut des Gesetzes selbst entscheidet und hienach nicht die Verkündung, sondern die Erlassung des Beschlusses für den Zeitpunkt der Konkurseröffnung maßgebend ist[14]). Hienach steht also das Gesetz zwischen der Pr. KO., welche die „Fassung", und dem I. Entwurfe, welcher (wie die B. Pr.-O.) die „Verkündung" des Beschlusses als den kritischen Moment bezeichnete, in der Mitte; dasselbe erklärt als entscheidend die Thatsache, daß die Verfügung des Richters, es sei das Verfahren zu eröffnen, zur rechtlichen Vollendung gelangt ist. Es fällt der Zeitpunkt der Konkursordnung demnach auf die Stunde, in welcher der Beschluß erlassen, das heißt vom Richter nicht blos innerlich gefaßt, sondern als Entscheidung festgestellt, formulirt und ein Aktenstück geworden ist, somit als Thatsache in die äußere Erscheinung getreten ist[15]). Das Datum dieser Ausfertigung,

---

ligte in der Tagfahrt; da aber jetzt die besondere Zustellung an die einzelnen Parteien erfolgen muß, welche Stunde sollte denn gelten: die der Zustellung an den Schuldner oder die an den antragstellenden Gläubiger?

14) Ebendeshalb ist die in voriger Note erwähnte Aenderung gemacht worden. Hält man den §. 110 Abs. 2 des I. Entwurfes und den §. 100 Abs. 2 des Gesetzes zusammen, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß es nicht auf die Verkündung ankommen soll. Die obige Ansicht war anfänglich nicht unbestritten, Fuchs, Wengler u. v. Wilmowski (in der ersten Auflage) standen auf dem Standpunkte der Motive, Hullmann wollte wenigstens, falls eine Verkündung des Beschlusses stattgefunden hat, diese entscheiden lassen, und sieht ohne eine solche als maßgebend für die „Erlassung" den Moment an, in welchem der Richter den gefaßten und unterschriebenen Beschluß zur Zustellung übergibt. Allein die neueren Schriftsteller Fitting S. 290 Note 1, Petersen S. 350, v. Sarwey S. 605, Stieglitz S. 469, v. Wilmowski (2. Auflage) S. 357 stimmen überein, daß die Erlassung des Beschlusses entscheide, nur dürfte Petersen zu weit gehen, wenn er die Erlassung auch schon in einem mündlichen Auftrage an den Gerichtsschreiber den Beschluß zu verfassen findet. Selbst in einem bloßen Niederschreiben oder Unterschreiben (wenn z. B. dann der Amtsrichter das Papier in die Tasche steckt oder in sein Pult legt, v. Wilmowski) liegt nicht die „Erlassung des Beschlusses," sondern es kömmt auf den Moment an, wo die geschriebene richterliche Entscheidung gerichtliches Aktenstück geworden ist.

15) Allerdings ist ein solcher Beschluß, bevor er den Betheiligten durch Zustellung oder öffentliche Bekanntmachung verkündet oder vom Richter aus der Hand gegeben, z. B. an die Gerichtsschreiberei abgegeben wurde, nicht

welches nicht blos das Jahr und den Tag (wie gewöhnlich beim Datiren üblich ist), sondern auch die Stunde angeben soll, normirt den Zeitpunkt, von wann an der Konkurs als eröffnet gilt. Ist beim Datiren die Stundenangabe vergessen worden, so gilt die Mittagstunde des datirten Tages als Stunde der Erlassung des Beschlusses. Es bleibt demnach richtig, was die Motive sagen: „Hiebei (nämlich bei Feststellung der Stunde) handelt es sich nicht um eine richterliche Entscheidung, sondern nur um eine Beurkundung." Wenn also z. B. der Richter am 1. Januar 1880 den Konkurs über den Kaufmann A beschließt, so kann er nicht als Stunde der Eröffnung den 30. Dezember 1879 Vormittag 9 Uhr oder den 3. Januar 1880 Nachmittags 4 Uhr festsetzen, sondern es ist an und für sich die Stunde, zu welcher der Beschluß erlassen worden ist, der Eröffnungszeitpunkt; diese Stunde ist faktisch gegeben und der Richter hat sie lediglich zu beurkunden; thut er es nicht, so ersetzt das Gesetz die Beurkundung, indem es, wie mehrerwähnt, die Mittagsstunde als beurkundet fingirt.

Hieraus folgt, daß es gegen die Festsetzung des Zeitpunktes eine Beschwerde nicht geben kann; denn diese Festsetzung ist ein Ereigniß, ein wirkliches, wenn der Richter es nach seiner wahren Zeit beurkundet hat, ein fingirtes, wenn er es unterlassen. Ich kann mich aber natürlich nicht beschweren [16]) und eine Abänderung durch den Oberrichter darüber be-

---

unabänderlich; so lange er nur im Akte liegt, kann ihn der Richter wieder zurücknehmen oder ändern. Allein es ist nicht nothwendig, daß dies auf den Zeitpunkt der Eröffnung einen Einfluß üben muß; wie der Beschluß selbst und sein übriger Inhalt wird die darin festgestellte Stunde eben auch rechtsverbindlich mit der Veröffentlichung und durch die Veröffentlichung. Nach meinen Erkundigungen, und dies bestätigt auch die Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VII Heft 1 S. 72, hält sich jeder Amtsrichter für befugt, wenn er etwa Vormittags einen solchen Beschluß niedergeschrieben und unterschrieben, aber noch keine weitere Amtshandlung damit vorgenommen hat, ihn Nachmittags, falls ihm inzwischen die Sache anders gelagert erscheint, zu ändern. Daß (wie Petersen, v. Sarwey und Stieglitz a. a O. meinen) hierin sogar „die Unterdrückung einer Thatsache" liegen würde, wollte von sämmtlichen Richtern, die ich befragte, Keiner glauben. Die Sache erledigt sich in der Praxis einfach dadurch, daß Niemand es erfährt und erfahren kann, ob ein niedergeschrieben gewesener Beschluß nachher wieder zerrissen wurde. Der im Akt definitiv liegen bleibende ist eben „der Beschluß."

16) Ich kann mich gegen den Richter als Person beschweren, daß er einen Beschluß nicht, wie es möglich gewesen, schon am 1. Januar, sondern erst am 1. Februar gefaßt hat und die Sache vier Wochen liegen ließ, aber

gehren, daß ein Beschluß am 1. Februar Nachmittag 3 Uhr erlassen wurde; er ist um diese Zeit erlassen worden, das Faktum bleibt, weil es ein Faktum ist.

Aber auch das ist unzulässig, daß das Faktum als solches angefochten wird, daß z. B. ein Betheiligter auftritt und etwa behauptet, der Beschluß sei gar nicht am 1. Februar erlassen, sondern am 31. Januar und der Richter habe ihn vordatirt. Denn der Beschluß wird Beschluß im rechtlichen Sinne erst durch die Ausfertigung und daher kann auch nur ihr Datum, so wie es lautet, entscheiden. Gegen die gesetzliche Fiktion ist ohnehin ein Gegenbeweis nicht zulässig; wenn der Richter das Datum einfach auf den 1. Februar fixirt, so ist dies kraft des Gesetzes: der 1. Februar Mittag, und es nützt nichts, wenn ein Betheiligter beweisen will, es sei der Beschluß bereits am 1. Februar 9 Uhr Vormittag fertig gewesen und unterschrieben worden, weil die gesetzliche Fiktion die wirkliche Thatsache beseitigt und ersetzt hat [17]).

II. Das Gesetz schreibt die Angabe des Zeitpunktes nur für die Konkurseröffnung vor. Der Tag der Zahlungseinstellung selbst oder des Eintrittes der Zahlungsunfähigkeit wird vom Konkursrichter nicht festgestellt. Entsteht darüber Streit, so haben die Parteien, das heißt derjenige, welcher darauf Rechte stützt, den Beweis zu liefern, und die Entscheidung obliegt dem Prozeßgerichte [18]).

---

§. 101.

Beschwerderecht gegen den Eröffnungs- und Abweisungs-Beschluß.

Die sofortige Beschwerde [a]) steht gegen den Eröffnungsbeschluß nur dem Gemeinschuldner [b]), gegen den abweisenden Beschluß nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat [c]).

I. E. §. 111; II. E. §. 101; Pr. H. E. Art. 774; Pr. KO. §. 124, 327; B. Pr. O. Art. 1204, 1205.

a. (Die sofortige Beschwerde).

Ueber die Art und Beschaffenheit des vom Gesetze zugelassenen

---

dies ist etwas Anderes; es ist eine Disciplinarbeschwerde gegen den beschließenden Richter, nicht eine Beschwerde über den Inhalt des Beschlusses.

17) Ueber die Folgen der Festsetzung dieses Zeitpunktes siehe Abth. I S. 70 u. 73 ff.

18) Vgl. Fitting §. 36 Note 3.

Rechtsmittels [1]) ist bereits oben S. 28 ff. das Geeignete gesagt worden [2]). Hervorzuheben ist, daß nach §. 535 Abs. 2 der Civ.-P.-O. der Konkursrichter, dessen Entscheidung angefochten wird, die Vollziehung sowohl des Eröffnungs- wie des Abweisungsbeschlusses aussetzen kann. Er wird dies insbesondere hinsichtlich des letzteren regelmäßig thun; denn da andernfalls auch die ergriffenen Sicherungsmaßregeln aufgehoben werden müssen, so würde dem Gläubiger auf den Fall, daß seiner Beschwerde vom Obergerichte stattgegeben werden sollte, der sofortige Vollzug einen geradezu unwiederbringlichen Schaden zufügen. Weniger bedenklich ist es, den Eröffnungsbeschluß alsbald in Vollzug zu setzen; denn was an diesem nachtheilig und präjudizirlich ist (die persönliche Ehrenminderung und der Stoß, welcher dem Kredit zugefügt wird), tritt schon mit dem Bekanntwerden der Verhängung des Konkurses, auch ohne weiteres Vorgehen des Gerichtes, ein und diese öffentliche Bekanntmachung darf nach dem Gesetze überhaupt nicht verschoben werden.

h. (nur dem Gemeinschuldner).

I. Dieser Satz ist einschränkend auszulegen; auch der Gemeinschuldner kann nicht gegen jeden Eröffnungsbeschluß sich des Rechtsmittels der Beschwerde bedienen; er kann natürlich nur dann sich gegen denselben beschweren, wenn er auf Antrag eines Gläubigers ergangen ist. Hatte er selbst den Antrag gestellt und diesem ist stattgegeben worden, so wäre eine Beschwerde seinerseits dagegen eine Frivolität. Man kann demnach sagen: gegen einen auf Antrag des Schuldners ergangenen Eröffnungsbeschluß ist die Beschwerde unzulässig [3]).

II. Zwei Kategorieen außer dem Gemeinschuldner selbst könnten sich gegen einen Eröffnungsbeschluß beschweren: 1) die Gläubiger, weil ihnen

---

1) Nach der Pr. KO. konnte dieser Beschluß nur im Wege einer förmlichen Aufhebungsklage angefochten werden. Im I. E. war noch die förmliche Berufung des Gemeinschuldners gegen den antragstellenden Gläubiger und den Verwalter als Streitgenossen zugelassen.

2) Hiernach ist gegenüber einer confirmatoria die Angehung der dritten Instanz unzulässig. Bei der Berathung (K.-Prt. S. 77 u. 78) wurden zwar von Dr. Goldschmidt Bedenken gegen den Ausschluß eines unter allen Umständen — also abgesehen vom Entstehen eines neuen selbständigen Beschwerdeführers — zulässigen Rechtsmittels an die dritte Instanz geäußert, doch nach einer Begründung des Entwurfes durch Reg.-Vertreter Hagens ein Antrag auf Abänderung nicht gestellt.

3) Ebenso Fitting §. 35 Note 37, Petersen S. 353, v. Sarwey S. 607, v. Wilmowski S. 358. Wengler (S. 496) hält die Beschwerde des

durch den Eintritt des Verfahrens die Befugniß zu Spezialexekutionen entzogen wird, und 2) diejenigen Personen, welchen gegenüber in Folge der Konkurserklärung ein Anfechtungsrecht begründet wird. Allein das Gesetz gestattet [4]) keinem dieser Betheiligten eine Beschwerde [5]).

c. (nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat).

Wird der Antrag des Schuldners auf Konkurseröffnung abgewiesen, so kann er den Oberrichter angehen [6]); hatte ein Gläubiger die Eröffnung beantragt, so steht die Beschwerde gegen die Abweisung nur ihm, nicht aber einem anderen Gläubiger zu [7]).

Gemeinschuldners gegen die auf seinen Antrag erfolgte Eröffnung des Konkurses zwar für formell zulässig, gibt aber zu, daß sie regelmäßig materiell ungegründet sein werde.

4) Als Motiv ist angegeben: „Weil die Konkurseröffnung im Interesse und in Anerkennung des Konkursanspruches der gesammten Gläubiger erfolgt, kann sie nicht von einem einzelnen Gläubiger, dessen Interesse eben ein anderes ist, zum Gegenstand der Beschwerde gemacht werden."

5) Nach Gemeinem Rechte findet eine Einschränkung der Berufung auf die Person des Schuldners nicht statt; die ältere Bayerische Praxis hatte bereits die obige Rechtsgestaltung eingeführt, vgl. die Gegengründe bei Seuffert, Kommentar zur GO. Bd. IV S. 412.

6) Rechtskraft in dem Sinne, daß der Schuldner, falls er die Beschwerdefrist versäumt, nunmehr für immer an die Abweisung gebunden wäre, erlangt der Beschluß natürlich nicht. Der Schuldner kann jederzeit mit neuen Gründen den Richter zur Erlassung eines anderen Beschlusses zu veranlassen suchen.

7) Jeder andere Gläubiger kann sich aber selbstverständlich ohngeachtet der Abweisung des betreffenden einen Gläubigers für sich mit einem Antrage an den Richter wenden, und wird dieser abgewiesen, so hat dann er die Beschwerde.

§. 102.

Eröffnungsmaßregeln.

Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens[a]) ernennt das Gericht den Konkursverwalter[b]), verordnet einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin[c]) zur Beschlußfassung über die Wahl eines anderen Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses[d]), erläßt den offenen Arrest[e]) und bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin[f]).

Das Gericht kann die Termine verbinden, wenn die Konkursmasse von geringerem Betrage[g]) oder der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange[h]) ist.

I. E. §. 112; II. E. §. 102; Pr. H. E. Art. 815; Pr. KO. §. 128, 168; B. Pr. O. Art. 1195.

a. (Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens).

In der Erl. lit. g zu §. 98 ist bereits bemerkt, daß der Ausdruck „bei" im Sinne des Gesetzes nicht als „gelegentlich" oder „anläßlich" auszulegen sei, sondern als „mit" (wie die Motive sagen: „gleichzeitig neben"). Es ist also nicht zuvörderst ein Eröffnungsbeschluß zu erlassen und etwa erst dessen Rechtskraft zu erwarten, bis die in §. 102 bezeichneten Maßregeln getroffen werden, sondern diese sind gleichzeitig neben dem Beschlusse auf Eröffnung des Verfahrens zu bewerkstelligen. Sie werden sogar in der Regel dem Beschlusse selbst anzuhängen sein[1]).

b. (ernennt das Gericht den Konkursverwalter).

Vgl. hierüber §. 70 und die Erläuterungen hiezu oben S. 45 ff.

c. (einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin).

Das Gesetz bestimmt für den ersten, den sogenannten „Wahltermin" keine Minimal-, sondern nur eine Maximalfrist[2]); wird der Konkurs am 1. Januar eröffnet, so darf der erste Termin nicht auf später als auf den 1. Februar angesetzt werden. Das Minimum der Frist richtet sich

1) nach der zur Ausfertigung des Beschlusses und der Verfügung nöthigen Zeit,

---

1) Im bisherigen Bayer. Prozesse war die Ernennung des Verwalters im Ganterkenntnisse selbst sogar geboten, Art. 1195.

2) Ueber die Bedeutung des Wortes „Monat" als Kalendermonat vgl. die Ausführungen in Abth. I S. 373 ff.

2) nach der erforderlichen Frist behufs Einrückung in ein öffentliches Blatt [3]),

3) nach Berechnung der in §. 68 Abs. 1 bezeichneten zwei Tage und

4) nach der Zeit, welche die bekannten Gläubiger jedenfalls bedürfen, um nach Innewerden der Ladung auch an dem Ort der Versammlung erscheinen zu können.

Sonach darf der Richter den ersten Termin nicht anders und nicht kürzer festsetzen, als daß die Gläubiger vom Ablaufe des zweiten Tages nach dem Abdrucke an gerechnet Zeit haben, sich zur Versammlung noch einfinden zu können. Wenn demnach in einem kleinen Konkurse sich die sämmtlichen Gläubiger am Sitze des Amtsgerichts aufhalten, und der Richter ist sicher, daß seine Verfügung in dem am Abende erscheinenden Tagblatte noch abgedruckt wird, so könnte er äußersten Falls am 1. Februar Vormittag den Termin auf den 4. Februar Vormittag 9 Uhr ansetzen [4]). Er wird aber natürlich eine solche Eile nur ganz ausnahmsweise anwenden; denn die öffentliche Bekanntmachung hat ja gerade den Zweck, die unbekannten auswärts wohnenden Gläubiger in Kenntniß zu setzen und ihr Erscheinen zu ermöglichen. Acht bis vierzehn Tage nach Ablauf der in §. 68 Abs. 1 der KO. bezeichneten Frist dürften indessen, wo nicht ein großer und weit entfernter Gläubigerkreis besteht, genügen, um allen Interessen Rechnung zu tragen.

d. (Gläubigerausschusses).

Ueber die Wahl eines anderen Verwalters vgl. oben S. 58 ff. und über die Bestellung eines Gläubigerausschusses vgl. oben S. 85 ff.

e. (erläßt den offenen Arrest).

Das Gesetz gebraucht hier einen technischen Ausdruck: „den offenen Arrest“, welcher erst später in §. 108 der KO. erklärt wird. Es ist daher die Erläuterung zu diesem Paragraphen zu vergleichen.

f. (bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin).

Die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen beträgt nach §. 126 der KO. 3 Wochen bis 3 Monate, innerhalb dieses Zeitraumes hat also der Richter sich zu bewegen. Nach Ablauf der Anmeldefrist soll der Prüfungstermin (§. 126 am Ende) innerhalb eines Zeitraumes von

---

3) Die in §. 103 Abs. 2 vorgeschriebene Einrückung im Reichsanzeiger ist nicht entscheidend; vgl. die Erläuterung hiezu unten.

4) Es muß dann die Verfügung sofort expedirt, der Abdruck noch in dem am 1. Februar Abends erscheinenden Tagblatte erfolgen, worauf dann der 2. und 3. Februar (vgl. oben S. 37) frei bleiben.

einer Woche bis 2 Monaten folgen. Die Anmeldefrist und der Prüfungstermin können ihrer Natur nach nicht verbunden werden [5]). Die Bekanntmachung in der z. B. am 1. Februar ergehenden Verfügung hat demnach (beispielsweise) dahin zu lauten: „die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen läuft bis zum 15. März einschließlich und wird sodann der Prüfungstermin auf den 2. April angesetzt;" auch in unbedeutenden Fällen kann die Ausschreibung nicht dahin gehen: „die Frist zur Anmeldung läuft bis zum 15. März einschlüssig, an welchem Tage sofort die Prüfung derselben stattfinden wird." Denn das Gesetz will unter allen Umständen den Mitgläubigern, dem Verwalter und auch dem Gemeinschuldner eine gewisse Ueberlegungszeit gewähren. Nur die beiden Termine können verbunden werden [6]), der Wahltermin und der Prüfungstermin. Nachdem indessen das Gesetz nur diese Verbindung im Allgemeinen, nicht eine Veränderung oder Abkürzung der für den Prüfungstermin in §. 126 der KO. aufgestellten Fristen gestattet hat, sonach von Ablauf der Anmeldefrist bis zum Prüfungstermine mindestens eine Woche Zwischenraum liegen, die Anmeldefrist selbst aber mindestens drei Wochen betragen muß, so ergibt sich, daß bei einer Verbindung der Termine der gemeinsame Termin für die erste Gläubigerversammlung und die Prüfung der angemeldeten Forderungen mindestens auf einen Monat hinausgesetzt werden muß [7]).

g. (von geringerem Betrage).

Dem Richter ist weder im Gesetze noch in den Motiven darüber eine Direktive gegeben, was als eine „Konkursmasse von geringerem Betrage" zu erachten sei. Das Preußische Gesetz vom 15. März 1858 [8]) (betreffend die im Konkurse zu erhebenden Gerichtskosten) scheint Massen bis zum Betrage von 3000 Mark als solche von geringerem Betrage angesehen zu haben.

h. (der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange).

Hiebei wird weniger auf die Kopfzahl der Gläubiger, als auf den

---

5) Denn das eine ist eine Frist und das andere ein Termin.

6) Ebendeshalb ist wohl auch die fragliche Bestimmung hier und nicht zu §. 126 gesetzt worden.

7) Die Verbindung der Termine bringt also weniger eine Beschleunigung als eine Zeit- und Kostenersparniß mit sich; die Gläubiger brauchen nur einmal, nicht zweimal sich zu versammeln.

8) Ges.-Sammlung v. 1858 S. 69 ff.

Umkreis, in welchem sie zerstreut wohnen, zu sehen sein. Denn je weiter sie entfernt und je mehr sie an verschiedenen Orten vertheilt sind, desto mehr Zeit muß ihnen natürlich gelassen werden, um zusammenzukommen.

---

§. 103.

Bekanntmachung der Eröffnung.

Der Gerichtsschreiber hat [a]) die Formel des Eröffnungsbeschlusses [b]), den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort [c]) öffentlich bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung ist, unbeschadet der Vorschriften des §. 68 Abs. 1 [d]), auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger [e]) einzurücken [f]).

An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners [g]) erfolgt besondere Zustellung.

§. 104.

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters oder ähnlicher Register und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzutheilen [h]).

I. E. §. 113 und 114; II. E. §. 102 und 103; Pr. H. E. Art. 773; Pr. KO. §. 123, 148, 329; B. P. O. Art. 1192, 1202 Abs. 2.

a. (Der Gerichtsschreiber hat).

Unter dem „Gerichtsschreibern" ist hier immer der Gerichtsschreiber am Konkursgerichte zu verstehen.

Wenn demnach auch die Eröffnung des Konkurses nicht vom Amtsgerichte, sondern vom Beschwerdegerichte verfügt ist, so obliegt die Bekanntmachung doch nicht dem Gerichtsschreiber am Landgerichte oder Oberlandesgerichte [1]), sondern jenem am Amtsgerichte.

---

1) Der §. 538 der R Civ.Pr.O., welcher dem Beschwerdegericht die Befugniß einräumt, der Beschwerde selbst abzuhelfen oder dem Untergerichte die Abhülfe aufzutragen, wird die Möglichkeit gewähren, daß in Folge der gegen eine Abweisung des Antrages auf Konkurseröffnung ergriffenen Beschwerde entweder das Obergericht sich begnügt, das Amtsgericht zur Eröffnung des Konkurses zu beauftragen, oder den Konkurs selbst zu eröffnen (was wohl

b. (Die Formel des Eröffnungsbeschlusses).

Nach §. 68 der KO. kann die öffentliche Bekanntmachung auch auszugsweise geschehen. Diesen Auszug aus dem Konkurseröffnungsbeschlusse bezeichnet der §. 103 als „Formel" desselben. Zur Beschleunigung wird es wesentlich dienen, wenn diese Formel zugleich als Formular auftritt, das heißt, wenn die Gerichte sich gedruckter Formularien bedienen werden.

c. (sofort).

Dies „sofort" erklärt sich nach der Preußischen Instruktion von 1855 dahin, daß die Bekanntmachung noch an demselben Tage, an welchem der Beschluß gefaßt ist, zum Abgange befördert werden müsse, und daß ferner dahin zu wirken sei, daß die Veröffentlichung der Bekanntmachung noch vor Ablauf der beiden nächstfolgenden Tage wirklich erfolge. Diese letztere Frist scheint mir in vielen Fällen zu lang; der Gerichtsschreiber wird zu sorgen haben, daß die Bekanntmachung jedenfalls im nächsten Blatte, das überhaupt zur Ausgabe gelangt, noch abgedruckt werde [2]).

d. (unbeschadet der Vorschriften des §. 68 Abs. 1).

Das heißt: Die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger ersetzt nicht die Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichtes bestimmte Blatt. Dieser Abdruck im Reichsanzeiger ist neben der gewöhnlichen Inserirung vorzunehmen; sie ist auch nicht entscheidend für den Zeitpunkt, von welchem die Bekanntmachung als bewirkt angesehen wird.

e. (in den Deutschen Reichsanzeiger).

Nicht im „Reichscentralblatte", wie die Motive (zum II. E. S. 335) sagen [3]). Der „Deutsche Reichsanzeiger und Preußische Staatsanzeiger" erscheint zu Berlin täglich (mit Ausnahme der Sonntage und hoher Festtage [4]) Abends [5]).

---

selten geschehen wird); die Maßnahme des §. 103 der KO. ist aber keine Anordnung zur Abhülfe der als begründet erachteten Beschwerde, sondern eine Anordnung in Folge der bereits getroffenen Abhülfe, fällt also nicht unter den citirten §. 538. Ebenso v Sarwey S. 610. A. A. Petersen S. 356.

2) Da es in der Hand der Gerichte liegt, in welche Blätter inserirt werden soll, so wird man die Wahl eben davon abhängig machen, daß die entsprechende Zusicherung sofortigen Abdruckes gemacht wird.

3) Diese Stelle bezieht sich auf §. 98 des I. und §. 103 des II. E., in welchen nicht der Anzeiger, sondern das Centralblatt genannt war.

4) Die Nummer stimmt daher nicht mit dem Datum.

5) Das Abonnement beträgt 4 Mk. 50 Pfg. für das Vierteljahr, der Inser-

f. (einzurücken).

Eine solche Bekanntmachung wird also ohngefähr zu lauten haben:

Konkurseröffnung.

Ueber das Vermögen des Materialwaarenhändlers Julius Friedrich Pfundmeister in Firma Pfundmeister selige Wittwe, Potsdamerstraße 23a und Königin Augustastraße Nr. 29 hierselbst, ist [6]) am 15. Januar 1880 Nachmittags 1 Uhr der Konkurs eröffnet worden [7]).

Zum Konkursverwalter ist der Kaufmann Karl Sparer, Besselstraße Nr. 20 wohnhaft, ernannt.

Die Gläubiger des Gemeinschuldners werden aufgefordert, in dem auf

den 29. Januar 1880, Vormittags 11 Uhr [8])

in unserm Geschäftslokale, im Stadtgerichtsgebäude Portal III Terminszimmer Nr. 12 anberaumten Termine pünktlich zur bestimmten Stunde zu erscheinen, um über die Wahl eines definitiven [9]) Konkursverwalters und die Bestellung eines Gläubigerausschusses Beschluß zu fassen [10]).

Allen [11]), welche von dem Gemeinschuldner [12]) etwas an Geld,

---

tionspreis für den Raum einer Druckzeile 30 Pfg. Die Einrückungen sind zu adressiren an die Expedition, Berlin SW., Wilhelmstraße Nr. 32.

6) Der Ausdruck, den einige Gerichte wählen: „wird heute Nachmittag 4½ Uhr der Konkurs eröffnet", ist offenbar falsch. Wenn der Beschluß ergeht, ist der Konkurs nicht mehr zukünftig, sondern bereits vorhanden.

7) In Bayern war der Beisatz gebräuchlich:

„Von diesem Zeitpunkte an hat demnach der genannte Schuldner das Recht verloren, über sein Vermögen zu verfügen und Rechtshandlungen vorzunehmen."

Diese Enunciation ist nun zwar richtig und vielleicht nützlich; allein nicht nöthig und in der Praxis nicht mehr üblich. Der weitere bisher in Bayern vorgeschriebene Satz über die Erlöschung der Vollmachten muß natürlich hinwegbleiben. Vgl. hierüber Abth I S. 129 und 135.

8) Der weiteste Termin, der hier angesetzt werden könnte, wäre der 15. Februar.

9) Eigentlich müßte nach dem Gesetze gesagt werden: „eines anderen Verwalters". Ich halte es aber nicht für höflich, dem vom Gerichte ernannten Verwalter gleichsam sofort den Stuhl vor die Thür zu setzen.

10) Zur Vorsorge könnte man hier das Präjudiz des §. 89 einschalten: „wobei bemerkt wird, daß die nicht erschienenen Gläubiger an die Beschlüsse gebunden sind."

11) Der nun folgende Absatz ist der sogenannte „offene Arrest."

12) Das Gesetz bezeichnet zwar in §. 107 der KO. anstatt des Gemein-

Werthpapieren oder anderen Sachen im Besitz oder Gewahrsam haben oder welche ihm Etwas schuldig sind, wird hiemit aufgegeben, Nichts an denselben zu verabfolgen oder zu leisten [13]), vielmehr von dem Besitze der Gegenstände spätestens bis zum

23. Februar 1880 einschließlich [14])

dem Konkursverwalter [15]) Anzeige zu machen, und Alles mit Vorbehalt ihrer etwaigen Rechte zur Konkursmasse abzuliefern [16]), soferne nicht eine gesetzliche Befreiung hievon besteht.

Pfandinhaber und andere absonderungsberechtigte Gläubiger haben von den in ihrem Besitze befindlichen Gegenständen und von den Forderungen, für welche sie aus denselben abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter Anzeige zu machen [17]).

Alle diejenigen, welche an die Masse Ansprüche als Konkursgläubiger machen wollen [18]), werden hiemit aufgefordert, ihre Ansprüche, dieselben mögen bereits rechtshängig sein oder nicht, mit dem dafür verlangten Vorrechte [19]) spätestens

bis zum 23. Februar einschließlich

---

schuldners die Konkursmasse; ich halte aber die im Texte gewählte bisher allgemein übliche Nennung der Person des Schuldners deshalb für richtiger, weil sonst das Publikum etwa nur an die eigentlichen Massaschulden denken könnte.

13) Besser wäre noch zuzusetzen: „zu zahlen"; das Gesetz hat aber dieses Wort in §. 107 nicht erwähnt.

14) Kürzester Termin wäre der 6. Februar, längster der 15. April.

15) Nicht mehr, wie ehedem, dem Gerichte.

16) Dieser Satz bezieht sich natürlich weder auf Aussonderungs- noch Absonderungsberechtigte; ich habe deshalb den in den bisherigen Preußischen Proklamen nicht üblichen Schlußsatz aus der nach der Bayerischen Prozeßordnung gebräuchlichen Arrestformel beigefügt.

17) Die Verpflichtung zum Vorzeigen der Sachen und zur Abschätzung derselben (§. 110 der KO.) ist in dieser Ausschreibung nicht aufzunehmen, da dies nur auf spezielles Verlangen des Konkursverwalters zu erfolgen hat.

18) Diese Fassung scheint mir nach der jetzigen Konkursordnung richtiger, als die bisherige Bayerische Ausdrucksweise: „die sämmtlichen Gläubiger des Gemeinschuldners": denn nicht jeder, der Etwas zu fordern hat, sondern nur derjenige braucht zu erscheinen, welcher auf die Masse Anspruch erhebt und zwar als Konkursgläubiger Anspruch erhebt.

19) Dieses Wort wird in §. 127 der KO. für den begehrten „Rang" gebraucht; ich ziehe es dem bisher in Bayern üblichen „Vorzugsrecht" vor, weil dieses zu sehr an das frühere Prioritätsverfahren erinnert.

schriftlich bei dem unterzeichneten Gerichte oder in unserer Gerichtsschreiberei zu Protokoll anzumelden [20]) und demnächst zur Prüfung der sämmtlichen innerhalb der gedachten Frist angemeldeten Forderungen

am 20. März 1880 Vormittags 10 Uhr [21])

in unserem Geschäftslokal im Stadtgerichtsgebäude Portal III, Terminszimmer Nr. 12 pünktlich zur bestimmten Stunde entweder in Person oder durch [22]) einen gehörig bevollmächtigten Stellvertreter zu erscheinen.

Zugleich wird bekannt gegeben, daß in Folge der bisherigen Ermittelungen die Aktiva auf 168,000 Mark, die Passiva auf 195,000 Mark, darunter 42,000 Mark Hypothekschulden, zu veranschlagen sind [23]).

Berlin, den 15. Januar 1878.

Königliches Amtsgericht [24]).

N. N. Gerichtsschreiber.

Die Praxis hat folgende kürzere Fassung geschaffen, in der das mit lateinischen Lettern Gedruckte das Formular ist und unverändert bleibt:

---

20) Die wichtigste Abweichung von den Gemeinrechtlichen und bisherigen Bayerischen Proklamen liegt in dem Wegfallen des ehedem hier angeführten Beisatzes: „unter Beifügung der Beweisurkunden oder Bezeichnung der sonstigen Beweismittel". Deren bedarf es nicht mehr, weil nach der Konkursordnung im Prüfungstermine nichts mehr zu beweisen ist, sondern wenn die angemeldete Forderung bestritten wird, der Streit ad separatum verwiesen werden muß. Zur Beseitigung unnöthiger Widersprüche kann der Anmeldende seine Beweismittel im Termine vorbringen, er muß es aber nicht, daher auch eine Aufforderung hiezu nicht mehr ergehen kann.

21) Kürzester Termin wäre vom 23. Februar (dem Ablaufe der Anmeldefrist) an gerechnet der 3. März, längster Termin der 23. April. Wäre (vgl. Note 14) für die obige Frist die kürzeste gewählt worden, so könnte man den Termin auf 13. Februar ansetzen; nimmt man den längsten, so kann er sich bis 15. Juni hinausziehen.

22) Dieser Ausdruck „durch Jemanden erscheinen" ist freilich nicht gutes Deutsch; ich habe ihn, weil mir kein kürzerer einfiel, nach Analogie der üblichen Formel gebildet: „durch den Minister: der Generalsekretär".

23) Dieser Beisatz ist nicht nothwendig, man könnte ihn sogar beanstanden, weil nicht mehr die Ueberschuldung, sondern die Zahlungsunfähigkeit maßgebend ist; allein zur Orientirung der Gläubiger halte ich ihn doch für gut.

24) Die Unterschrift des Richters und Gerichtsschreibers ist im Abdrucke ganz unnöthig und macht nur unnütze Kosten. In der Praxis unterschreibt der Gerichtsschreiber allein.

Bekanntmachung.

Ueber Kaufmann Adam Abel in Adorf ist heute Vormittag 10 Uhr Konkurs eröffnet.

Verwalter: Geschäftsmann Beno Bübel in Adorf, Zwetschgengasse Nr. 2.

Offener Arrest mit Anzeigepflicht bis 15 Januar 1882.

Anmeldefrist bis 15. Januar 1882.

Erste Gläubigerversammlung am 22. Dezember 1882 Vormittag 10 Uhr und Prüfungstermin am 27. Februar 1882 Vormittag 9 Uhr Jüdenstraße 58, I Treppe, Zimmer 1.

Berlin den 5. Dezember 1881.

N. N.

Gerichtsschreiberei des k. Amtsgerichts I.

Sowohl nach Preußischem als nach Bayerischem Rechte wurde in der Regel mit der ersten Ausschreibung noch die Vergleichsaufforderung verbunden, z. B.: „Nach Abhaltung dieses Termines wird geeignetenfalls mit der Verhandlung über den Akkord verfahren werden", oder: „Zugleich ist an diesem Termine über etwaige Vorschläge zur gütlichen Vereinbarung, sowie über alle weiteren, das gemeinschaftliche Interesse der Gläubiger betreffenden Angelegenheiten Beschluß zu fassen." Dieses Letztere geht jedenfalls nicht mehr an; denn wie oben (Seite 140 ff.) erörtert, muß der Gegenstand der Berathung fortan speziell bezeichnet werden, eine so allgemeine Tagesordnung ist nicht mehr zulässig [25]). Aber auch ein Zwangsvergleich [26]) ist nach §. 160 der KO. erst dann möglich, falls der allgemeine Prüfungstermin bereits abgehalten ist. Wenn nun auch nach §. 167 ausnahmsweise der Vergleichstermin mit dem Prüfungstermine verbunden werden kann, so setzt dies doch den Antrag des Gläubigerausschusses, soferne ein solcher bestellt ist, voraus [27]); es muß also jedenfalls der Wahl-

---

25) Soferne alle Gläubiger erscheinen oder die ausgebliebenen nachträglich zustimmen, kann allerdings eine Maßregel dieser Art beschlossen werden; dazu bedarf es aber keiner vorherigen Bekanntmachung.

26) Ein Vergleich ohne Zwang kann allerdings von den anwesenden Gläubigern und dem Schuldner in jedem Termine eingegangen werden; aber da den Ausgebliebenen ein Präjudiz nicht gesetzt werden kann, ist auch die Ausschreibung nicht mehr zulässig.

27) Dies war nach der Pr. KO. nicht nothwendig; daher konnte auch der Termin zur Verhandlung des Akkordes gleichzeitig ausgeschrieben werden.

termin vorher abgehalten sein, und dadurch schließt sich die gemeinsame Ausschreibung im ersten Proklam von selbst aus; diese muß vielmehr im Falle des desfallsigen Antrages zwischen dem Wahltermin und dem Prüfungstermin erfolgen, muß aber natürlich dann den letzteren zugleich als Akkordverhandlungstermin bezeichnen [28]).

g. (Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners).

Der Gemeinschuldner selbst ist hier nicht mitgenannt; ich denke aber, es versteht sich von selbst, daß sowohl ihm als dem ernannten Konkursverwalter gleichfalls besondere Zustellung zu machen ist.

h. (mitzutheilen).

Für die Vorschrift des §. 104 ist in den Motiven Folgendes angeführt: „die Mittheilung der Konkurseröffnung an die Dienstbehörde des Gemeinschuldners ist im öffentlichen Interesse angeordnet, und die Mittheilung an die das Handels-, Firmen-, Gesellschafts-, Genossenschafts- oder ähnliche Register führende Behörden, damit dem öffentlichen Glauben solcher Register Genüge geleistet werde" [29]).

Das Nähere werden Vollzugsverordnungen zu regeln haben.

---

§. 105.

Aufhebung der Konkurseröffnung durch das Beschwerdegericht.

Sobald eine den Eröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung [a]) die Rechtskraft erlangt hat, ist die Aufhebung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen. Die Vorschriften der §§. 103 Abs. 2, 104 finden entsprechende Anwendung [b]).

I. E. — II. E. §. 105; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O. Art. 1318.

a. (eine den Eröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung).

Es ist hierunter vor Allem die auf erhobene Beschwerde Seitens des Gemeinschuldners vom Obergerichte etwa ergehende reformatoria zu verstehen, also der Bescheid des Landgerichtes, daß der vom Amtsrichter erlassene Beschluß auf Eröffnung des Konkurses außer Wirksamkeit zu setzen

---

28) Ausführlicher wird diese Frage erst gelegentlich der Erläuterung des Titels VI behandelt werden können.

29) In dem Genossenschafts-Register ist die Konkurseröffnung von Amtswegen einzutragen nach §. 37 des Genossenschaftsgesetzes (RGBl. S. 425).

sei. Denn nachdem (wie oben S. 217 erörtert) die öffentliche Bekanntmachung sofort, ohne den Ablauf der Beschwerdefrist abzuwarten, erfolgen muß, ist auch nothwendig die später etwa eintretende Abänderung durch oberrichterlichen Bescheid unter allen Umständen zu veröffentlichen. Außerdem fällt unter den Paragraphen sowohl die Aufhebung des Konkursverfahrens nach Abhaltung des Schlußtermines (§. 151), als diejenige nach Bestätigung des Zwangsvergleiches (§. 175); da aber gegen diese Beschlüsse eine Beschwerde überhaupt nicht stattfindet, bedarf es in diesen beiden Fällen nicht des Zuwartens auf den Eintritt der Rechtskraft.

Wenn das Verfahren nicht aufgehoben, sondern nur eingestellt wird (§. 189 Abs. 2 und 190), so findet, wie im Titel VII näher erläutert werden wird, die öffentliche Bekanntmachung gleichfalls statt.

b. (entsprechende Anwendung).

Außer der Einrückung in das amtliche Blatt und in den Reichsanzeiger verlangt das Gesetz die Benachrichtigung der in §. 104 genannten Dienst- und Registerbehörden[1]), überläßt aber weitere Bekanntmachungen dem Ermessen des Gerichtes und dem Antrage des Schuldners.

---

§. 106.

Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen, und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

I. E. — II. E. §. 106; Pr. H. E. — Pr. KO. §. 150; B. Pr. O. Art. 1202 Abs. 1.

Es ist allgemeine gesetzliche Vorschrift und durch die Natur der Sache geboten, daß denjenigen Behörden, welche über den Immobiliarbesitz öffentliche Bücher führen, ein Auszug aus dem Ganterkenntnisse behufs Sperre des Grundbuches oder des Hypothekenfoliums mitgetheilt werde, und ebenso muß dann später bei Wiederaufhebung des Konkurses auch diese Sperre wieder aufgehoben werden. Diese Eintragung hat selbstverständlich nur soweit zu geschehen, als der Gemeinschuldner Liegenschaften besitzt, beziehungsweise als Besitzer von solchen in einem öffentlichen Buche eingetragen ist. Die Notifikation hat also nur in diesem

---

1) Bei der Berathung (K. Prt. S. 78) ward angeregt, ob nicht der Verwalter auch zur Benachrichtigung der Post- und Telegraphenanstalten verpflichtet werden sollte. Allein es wurde von Seite des Regierungsvertreters eine solche Verpflichtung als dem §. 111 zuwiderlaufend erklärt.

Falle, dann aber an alle Aemter[1]), für welche die Voraussetzung zutrifft, zu erfolgen.

Es ist demnach der §. 106 nach meiner Meinung so auszulegen: die Eröffnung und Wiederaufhebung des Konkursverfahrens ist den Buchämtern jedenfalls mitzutheilen; dies hängt nicht von der Partikulargesetzgebung ab, denn es ist eine reine konkursrechtliche Vorschrift. Nur was diese Behörden dann zu thun haben, ob sie daraufhin die Bücher (Folien) sperren müssen, welche Einschreibungen auf Grund dieser Mittheilung zu erfolgen haben[2]), ob sie nach Empfang derselben Vormerkungen und Einträge zu Gunsten und zum Nachtheile des Schuldners gar nicht mehr oder nur mit beschränkter Wirkung bethätigen dürfen, das entscheidet sich nach den Landesgesetzen.

In Bayern hat das Gesetz vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der Reichscivilprozeß- und Konkursordnung im Art. 33 Folgendes bestimmt:

„Begreift die Konkursmasse unbewegliches Vermögen des Gemeinschuldners in sich, so hat die Eintragung des Eröffnungsbeschlusses im Hypothekenbuche zu erfolgen. Zu diesem Behufe hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts dem Hypothekenamte beglaubigte Abschrift der Formel des Eröffnungsbeschlusses mit Angabe des Datums desselben unverzüglich mitzutheilen.

Ist das zur Konkursmasse gehörende unbewegliche Vermögen des Gemeinschuldners oder ein Theil desselben im Hypothekenbuche noch nicht eingetragen, so hat der Konkursverwalter die Eintragung unter Vorlage des zur Eröffnung des Hypothekenfoliums erforderlichen Nachweises bei dem Hypothekenamte zu veranlassen.

Auf die Aufhebung, Einstellung und Wiederaufnahme des Konkursverfahrens findet die Vorschrift in Abs. 1 entsprechende Anwendung“.

Aehnliche Vorschriften finden sich in dem Hessischen Ausführungsgesetze (Art. 36), in dem Ausführungsgesetze von Elsaß-Lothringen (§. 30). In Preußen ist die Rechtsgestaltung eine verschiedene geblieben. Für das Bereich des Französischen Rechtes ist Art. 500 des Code de commerce maßgebend, welcher den Verwalter anweist, Inscription auf die Immobilien des Gemeinschuldners zu nehmen. Für das Gebiet, in welchem bisher die Pr. K. O. galt, ist der §. 150 dieser KO., wonach die Eintragung einer Vormerkung vom Konkursrichter zu erwirken ist, aufrechterhalten. Für die neuen Provinzen ist durch §. 14 des Preußischen Ausführungsgesetzes gleichfalls die Eintragung vorgeschrieben.

---

1) Demnach auch an die Fideicommißgerichte wegen der Fideicommißmatrikel.

2) Nach Preußischem Rechte wird z. B. nur die Konkurs-Eröffnung, ihr Zeitpunkt und die Bezeichnung des Konkursgerichtes eingeschrieben.

Dritter Titel.

Theilungsmasse.

Die wesentliche Aufgabe des dritten Titels, sagen die Motive, besteht darin, aus den materiellen Grundsätzen des ersten Buches über den Umfang und Zweck der Konkursmasse, sowie über die rechtliche Stellung der an ihr Betheiligten die praktischen Konsequenzen zu ziehen. Um das Endziel des Verfahrens, die Befriedigung der Gläubiger durch Vertheilung des Vermögens des Schuldners, zu erreichen, bedarf es vor Allem der Sicherung, Feststellung und Versilberung des Vermögens, es gilt, dasselbe theilbar zu machen, eine Theilungsmasse[1]) zu schaffen, weshalb auch das Gesetz dem folgenden Titel diesen Namen gegeben hat[2]).

Der für die Feststellung der Theilungsmasse maßgebende allgemeine Grundsatz ist das Prinzip der Selbstverwaltung, und es ist behufs richtiger Auslegung und um in der praktischen Anwendung der Absicht des Gesetzgebers zu entsprechen nothwendig, sich stets des großen Unterschiedes bewußt zu bleiben, welcher durch Annahme des obigen Prinzipes eingetreten ist gegenüber der prozessualisch gestalteten Kuratel des Gemeinen Rechtes sowohl, als gegenüber dem schrittweisen Prozediren unter obervormundschaftlicher Mitwirkung des Gerichts, durch welches das Französisch-Preußische System sich charakterisirt.

---

1) Dieser Ausdruck ist neu; im Gemeinen Rechte hieß das in Konkurs genommene Vermögen „Masse" schlechthin, auch „Aktiv-Masse" und man unterschied Spezialmassen, z. B. die Immobiliarmasse, die Mobiliarmasse, vgl. Seuffert, Kommentar zur GO. Bd. IV S. 478.

2) Diese in Titel III gesondert behandelte Thätigkeit bildete im früheren Konkursrechte kein abgetrenntes Stadium des Verfahrens; die Herstellung der flüssigen Masse ging neben dem präparatorischen und Liquidationsverfahren vor sich. Einen zeitlich für sich bestehenden Abschnitt im Verfahren bildet die Entwicklung der Theilungsmasse auch jetzt noch nicht.

Dieses allgemeine Prinzip stellt §. 107 an die Spitze des Titels; aus demselben entwickeln sich die in §§. 108—117 aufgeführten Befugnisse des Verwalters. Es folgen dann die Rechte der Gläubigerversammlung in §§. 118—120 und diejenigen des Gläubigerausschusses in §§. 121—124 und den Schluß bildet der §. 125, welcher dem Gemeinschuldner das rechtliche Gehör in diesem Stadium des Verfahrens sichert.

---

§. 107.

Allgemeine Vorschrift.

Nach der Eröffnung des Verfahrens[a]) hat der Verwalter[b]) das gesammte[c]) zur Konkursmasse gehörige Vermögen[d]) sofort in Besitz[e]) und Verwaltung[f]) zu nehmen und dasselbe zu verwerthen[g]).

I. E. §. 115; II. E. §. 107; Pr. H. G. Art. 778; Pr. KO. §. 127, 151, 215, 220 ff.; B. Pr. O. Art. 1233.

a. (Nach der Eröffnung des Verfahrens).

Der Zeitpunkt, an welchem der Verwalter in das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners eintritt, wird in §. 5 durch den Ausdruck: „mit der Eröffnung des Verfahrens“, in §. 107 durch die Worte: „nach der Eröffnung des Verfahrens“ bezeichnet[1]). Hieraus, sowie aus dem in §. 107 enthaltenen Beisatze: „sofort“ sollte man schließen, daß im Augenblicke der Konkurseröffnung auch schon der Verwalter die Masse in Besitz nehmen müsse. Dies ist indessen faktisch unmöglich; der Verwalter wird erst ernannt (§. 102) „bei der Eröffnung des Konkursverfahrens“; es muß also immerhin, bis derselbe in Kenntniß gesetzt ist und sich dann selbst in Thätigkeit setzt, eine gewisse Zeit in Mitte liegen. Es scheint mir demnach die eigentliche Tendenz des Gesetzes richtiger in §. 115 des I. E. ausgedrückt zu sein, wenn derselbe sagt: „nach Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter ohne Verzug[2]) das zur Masse gehörige

---

1) Denselben Zeitpunkt legislativ einmal durch „mit“, dann durch „bei“, dann durch „nach“ zu bezeichnen, möchte nicht für besonders lobenswerth zu erklären sein.

2) Oder wie die B. Pr. O. Art. 1233 sich ausdrückte: „alsbald nach der Ganteröffnung“.

Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen"[3]). Was unter dem Ausdrucke „ohne Verzug" zu verstehen ist, wurde bereits bei §. 15 lit. l (Abth. I S. 229) erörtert.

b. (hat der Verwalter).

Nach Gemeinem Rechte und fast sämmtlichen Partikularrechten wurde der Verwalter in die Verwaltung des Vermögens richterlich eingewiesen[4]). Dies ist nach der Konkursordnung nicht mehr nöthig. Indem das Gesetz dem Verwalter mit den Worten: „es hat der Verwalter das Vermögen in Besitz zu nehmen" den Auftrag ertheilt, Besitz zu ergreifen, gibt es ihm die unbestreitbare Berechtigung, die Exmission des Gemeinschuldners ohne weiteres Vorverfahren zu betreiben; „eine dem Gerichtsvollzieher zu behändigende Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses gewährt hiezu den exekutorischen Titel"[5]). Natürlich muß in dieser Ausfertigung zugleich die Verfügung über die Ernennung des Betreibenden zum Verwalter[6]) mit aufgenommen werden und es ist keineswegs nothwendig, daß dieser Weg der Exekution sofort betreten wird. Im Gegentheile, das Gesetz will, indem es den einfachen Ausdruck wählt: „der Verwalter hat", anzeigen, daß den gewöhnlichen und ordentlichen Gang der Dinge ein im einfachen Geschäftswege zwischen dem Gemeinschuldner und dem Verwalter sich abwickelndes Verfahren bilden soll. Der Verwalter läßt sich vom Gemeinschuldner selbst Besitz und Verwaltung übergeben[7]), er übernimmt die sämmtlichen Vermögenstheile, läßt sich vom Eigenthümer in das Geschäft, in die Fabrik, in die etwa sonst betriebenen Unternehmen einweisen, zu welch' Allem weder gerichtliche noch sonst amtliche Beihilfe mehr nöthig ist. Nur wenn der Gemeinschuldner Widerstand leisten und die Konkurseröffnung nicht anerkennen wollte (was aber nicht leicht vorkommen wird), ist der oben bemerkte Weg der Beiziehung

---

3) Die Motive zum II. E. (S. 337) behalten den Ausdruck „ohne Verzug" bei, woraus hervorgeht, daß die Abänderung des Wortes in „sofort" vermuthlich nur erfolgte, um nicht etwa auf die Idee zu führen, als ob die technischen Voraussetzungen der mora in Anwendung zu bringen seien.

4) „Sofort nach der Ganteröffnung hat der Commissär den Masseverwalter in die Verwaltung einzuweisen. Ueber diese Handlung ist ein kurzes Protokoll aufzunehmen". Wernz, Erläut. zu Art. 1233 der Bayr. Pr. O. Ziffer. 1.

5) Motive zum I. E. S. 64 u. 65.

6) Vgl. oben S. 63.

7) Wenn die Masse unerheblich ist, bedarf es gar keiner Form; meistentheils wird der Gemeinschuldner sich durch Empfangsbestätigung, der Verwalter durch eine vom Gemeinschuldner zu unterzeichnende schriftliche Notiz, die je nach Umständen mehr oder minder detaillirt wird, sichern.

eines Gerichtsvollziehers zu betreten[8]). Ueber die einzelnen Modalitäten dieser Besitzergreifung und die daraus sich ergebenden Konsequenzen ist bereits bei der Erläuterung des §. 5 (Abth. I S. 127 ff.) gesprochen worden und Einzelnes wird später bei den §§. 110, 112 ff. vorkommen.

Befinden sich zur Theilungsmasse gehörige Vermögenswerthe in Händen Dritter, so sind sie diesen abzufordern. Erkennt der dritte Besitzer die Zugehörigkeit zur Masse nicht an oder weigert er sich überhaupt, das Beanspruchte herauszugeben, so kann ihm gegenüber nicht, wie gegen den Gemeinschuldner auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses vorgegangen werden. Es bleibt dem Verwalter vielmehr in solchem Falle nur der Weg der Klage übrig[9]).

c. (das gesammte).

Der §. 1 der KO. bezeichnet als zur Masse zu ziehendes Vermögen das gesammte der Zwangsvollstreckung unterliegende zur Zeit der Eröffnung des Konkurses[10]) dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen und der §. 107 verfügt, daß dieses gesammte Vermögen vom Verwalter in Besitz und Verwaltung zu nehmen sei. Hiedurch ist ausgeschlossen, daß der Verwalter irgend einen Werthgegenstand eigenmächtig aus der Masse „freigeben“ könne. Indessen wird man es als eine innerhalb der Grenzen

---

8) In diesem Falle ist aber Gefahr für die Masse vorhanden, daher jedenfalls Anlaß gegeben, zur Sicherung derselben nach §. 93 Abs. 2 der KO. den Schuldner in Haft zu nehmen, was der Verwalter daher sofort zu beantragen hat, wenn er merkt, daß der Gemeinschuldner Schwierigkeiten machen will. In der I. Auflage bemerkte ich: „Einige bei Anfang der neuen Praxis statuirte scharfe Exempel werden genügen, dem Gesetz Achtung zu verschaffen.“ Eingezogenen Erkundigungen zufolge waren solche gar nicht nöthig. Es gab keinerlei Schwierigkeiten.

9) Vgl. Stieglitz S. 479.

10) Ich bin aufmerksam gemacht worden, daß sich (im Sinne meiner Bemerkung über die Verwendbarkeit des Röm. R. zur Auslegung der KO. Abth. I S. 27) für die Frage, was als zur Zeit der Konkurseröffnung bereits zum Vermögen gehörig anzusehen sei, die Grundsätze ein vortreffliches Analogon bilden, welche in fr. 2 §. 1 sqq. D (37, 6) für die Kollationspflicht des Emancipatus erörtert werden. Nach diesen Stellen muß sich (Abth. I S. 55) die Frage, ob der Konkursverwalter actiones vindictam spirantes Namens des Gemeinschuldners ausüben könne, negativ entscheiden. Die kritische Controverse, ob das Recht auf die Falcidische Quart zur Masse gehöre, möchte ich bejahen, soferne nach dem betreffenden Civilrecht die ex testamento angefallene Erbschaft selbst schon zur Masse gehört, andernfalls nicht.

der ihm zustehenden Administrationsbefugnisse liegende Handlung erachten müssen, wenn er Gegenstände, die er für vollkommen werthlos (vgl. Abth. I S. 53) ansieht, nicht an sich nimmt, sondern dem Gemeinschuldner überläßt. Eine Ueberschreitung in dieser Richtung würde die Gläubiger nicht zur nachträglichen selbständigen Einforderung, wohl aber zur Haftbarmachung des Verwalters (§. 74 der KO.) berechtigen; wäre aber die Sache so unverzeihlich, daß die Entlassung des Verwalters und die Ernennung eines anderen Verwalters nothwendig würde, so ist dieser neue Verwalter jedenfalls berechtigt, auch noch später die Hinwegnahme der vom vorigen freigelassenen Sachen und Rechte zu bethätigen. Außer den Fällen der Werthlosigkeit in abstracto[11]) ist der Verwalter nicht befugt, irgend einen Massebestandtheil freizugeben oder aufzugeben. Mit solchen „Freigebungen" nicht zu verwechseln aber sind jene Fälle, in welchen der Verwalter einzelne Objekte, welche sich bei dem Gemeinschuldner befinden, deshalb nicht zur Masse zieht, weil er sie als dem Schuldner nicht gehörig erachtet. Es würde der Sorgfalt eines „ordentlichen Verwalters" nicht entsprechen, wenn er Rechte, die er für unbegründet ansieht, ausüben, Forderungen, welche ihm unbeweisbar scheinen, beitreiben, Sachen, die offenbar einem Dritten gehören, an sich nehmen wollte; in diesen Fällen liegt es (vorbehaltlich der Schranke des §. 121 der KO.) in der nach §. 5 Abs. 2 dem Verwalter eingeräumten Befugniß, die richtige Verfügung zu treffen[12]).

d. (zur Konkursmasse gehörige Vermögen).

Worin dieses Vermögen besteht, bezeichnet, wie in der vorgehenden Erläuterung bereits erwähnt, der §. 1 der KO., weshalb die Erläuterungen zu diesem Paragraphen (Abth. I S. 50 ff.) zu vergleichen sind. Hiebei ergibt sich nun aber, daß der Begriff desjenigen, was der Ver-

---

11) Nämlich wenn die Sache als solche keinen Tauschwerth besitzt, nicht aber auch, wenn sie nur schwer oder mit anscheinend unverhältnißmäßigen Kosten zu veräußern ist. Solche Objekte sind jedenfalls in Besitz zu nehmen und es steht dem Verwalter frei, den Gläubigern die entsprechenden Vorschläge zu machen.

12) Ich glaube aber nicht (wie Hullmann, Erläut. S. 72 annimmt), daß der Verwalter solche zweifelhafte Rechte dem Gemeinschuldner zur Ausübung überlassen kann; entweder er hält einen Dritten für berechtigt, dann muß er die Masse vor dessen Ansprüchen sicher stellen, oder er zweifelt nur, dann darf er der Masse nicht präjudiziren. Hierdurch ist natürlich unter Umständen ein Eintreten des Gemeinschuldners für sich selbst nicht ausgeschlossen (vgl Abth. I S. 131 ff.).

walter in Besitz und Verwaltung zu nehmen hat, und der Begriff desjenigen, aus dessen Besitz und Verwaltung der Gemeinschuldner in Folge der Konkurseröffnung gesetzt werden soll, sich nicht mehr ganz deckt. Nach früherem Rechte fiel nämlich allerdings (weil durch eine Gant alle Ansprüche gegen das Vermögen des Schuldners an das forum universale concursus gezogen wurden) das ganze Hab und Gut, wie es dem bisherigen Inhaber verloren ging, in Besitz und Verwaltung des curator bonorum (bezw. des Gerichtes). Allein nach der KO. werden ja die Aussonderungs- und Absonderungsrechte außerhalb des Konkurses behandelt, Sachen, welche nicht dem Schuldner gehören, zählen überhaupt nach §. 1 der KO. nicht zur „Masse"; solche Sachen hat also der Verwalter nach §. 107 nicht in Besitz und Verwaltung zu nehmen, während sie nach §. 5 doch auch nicht in den Händen oder in der Verwaltung des Schuldners bleiben. Die Objekte, an denen Absonderungsrechte haften, sind nun allerdings von vornherein nicht in den Händen des Schuldners, sondern in denen der Absonderungsberechtigten[13]) [denn hiedurch begründet sich ja das Absonderungsrecht seinem Begriffe nach][14]); es kann sich also nur um die Entziehung der juristischen, nicht der physischen Verfügung handeln. Die letztere ist jedenfalls dem Schuldner entzogen, da er ja die Sache nicht hat; aber auch das Verfügungsrecht geht — soweit solches unbeschadet der Absonderungsrechte möglich ist — auf den Verwalter über[15]). Denken wir z. B., der Schuldner hatte auf eine Bayerische $4^1/_2$ % Staatsobligation von 1000 M. ein Lombardanlehen zu 600 Mark bei der Vereinsbank genommen; nach Ausbruch des Konkurses kann nun natürlich nicht mehr der Schuldner, sondern nur der Verwalter bei der Vereinsbank etwa noch weitere 250 Mark auf das

13) Was die Immobilien betrifft, so ist dies nicht zutreffend; hierüber wird später noch zu sprechen sein.

14) Abg. Ausfeld bemerkte bei der Berathung (K. Prt. S. 79): „er nehme an, daß sich die Vorschrift nicht nur auf die eigentliche Konkursmasse, die zur Befriedigung der Gläubiger diene, sondern auch auf die der Absonderung unterliegenden Gegenstände beziehe, so lange als der betreffende Anspruch noch nicht ausgeübt sei", was der Regierungsvertreter bejahte.

15) Dies ist keine wahre Ausnahme; die Objekte, welche mit Absonderungsrechten behaftet sind, gehören nach §. 3 der KO. immerhin zur Masse (siehe die in voriger Note citirte Stelle), wie auch RR. Hagens anerkannte, wenn auch nur, insoweit das Absonderungsrecht ihren Werth nicht aufzehrt.

Depot aufnehmen[16]) u. s. w. Was aber die Gegenstände anbelangt, auf welche Aussonderungsansprüche bestehen, so gehören diese allerdings, wie bemerkt, nicht zur Masse und es würde an sich die Ermächtigung für den Verwalter, die Ausschließung aus der Masse vorzunehmen, aus der gesetzlichen Anweisung folgen, die Besitzergreifung auf das zur Masse gehörige Vermögen zu beschränken[17]). (Motive.) Allein demohngeachtet darf er meines Erachtens dieselben nicht in Besitz und Verwaltung des Schuldners belassen. Denn nachdem der Berechtigte, welcher die Sache selbst nicht mehr erhält, einen Entschädigungsanspruch erlangt und dadurch unter Umständen der Masse ein Prozeß droht[18]), nachdem ferner anfänglich nicht sofort klar sein wird, ob der Aussonderungsanspruch zweifellos begründet ist oder nicht, nachdem endlich zufolge §. 121 Ziff. 2 der KO. der Verwalter nicht vollkommen frei in dieser Richtung verfügt, sondern an die Zustimmung des Gläubigerausschusses gebunden ist, ergibt sich von selbst, daß die anfängliche Besitzergreifung sich auf Alles erstrecken muß, was der Schuldner in Händen hat, und erst nach und nach scheidet sich dann aus, was entweder einem anderen Berechtigten zu überlassen oder einfach frei-

16) Freilich ergibt sich dies faktisch schon dadurch, daß der Verwalter den Depotschein in seinen Besitz nehmen wird.

17) v. Sarwey (S. 618) sagt: „Dem Dritten gegenüber ist der Verwalter zu einer Fürsorge für auszusondernde Gegenstände nicht verpflichtet. Ueberläßt er einen solchen Gegenstand dem Gemeinschuldner, so hat sich der Dritte ausschließlich an diesen zu halten. Ein Verlust oder eine Veräußerung der Sachen nach der Konkurseröffnung gibt weder den Anspruch aus §. 38 der KO., noch kann die nach der Konkurseröffnung entstandene Entschädigungsforderung als Konkursforderung verfolgt werden". Aehnlich drückt sich v. Wilmowski S. 363 aus. Ich meine, eben aus diesen letzteren Argumenten, wonach also der Eigenthümer so zu sagen rechtlos gestellt wäre, ergibt sich die Richtigkeit meiner Aufstellung. Es scheint mir sogar nicht unmöglich, einen Verwalter, welcher einem Gantirer Werthobjekte eines Dritten in Händen läßt und diese somit der offenbaren Gefahr des Verlustes anheimgibt, wegen Aquilischer Culpa haftbar zu machen. Wie mir bestätigt wird, verfahren die Verwalter auch in diesem Sinne, sie halten sich für fremde, bei der Besitznahme der Masse vorgefundene Gegenstände allerdings dem Eigenthümer verantwortlich und überlassen deren Rückgabe nicht dem Gemeinschuldner.

18) Ein Masseanspruch wird allerdings nicht begründet, wenn der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens eine fremde Sache veräußert. Allein die Thatfrage, ob eine solche Veräußerung von dem Gemeinschuldner mit Wissen und Willen, gleichsam als Vertreter des Verwalters erfolgte, kann allerdings zu einem Rechtsstreite Anlaß geben.

zugeben ist, wie sich auch erst nach und nach dasjenige, was zwar zu dem Vermögen gehört, aber anfänglich nicht in den Händen des Schuldners sich befindet, zu der Masse gezogen wird. Der §. 107 ist demnach eigentlich dahin zu verstehen, daß er nur das Endziel der Maßregeln bestimmt, welche zum Vollzuge des §. 5 sofort nach der Konkurseröffnung zu ergreifen sind. Faktisch aber wird es wohl bei der bisherigen Art des Vorgehens sein Bewenden haben, daß dem Schuldner vorerst Alles, was er in Händen hat, weggenommen wird[19]), so daß der §. 107 in der praktischen Anwendung eine Art von Extensiv-Interpretation sich gefallen lassen muß.

e. (in Besitz).

I. Der vom Gesetze hier gebrauchte Ausdruck entspricht zwar dem gewöhnlichen Sprachgebrauche[20]), derselbe ist indessen nicht ganz streng juristisch. Denn der Verwalter nimmt nicht blos die Sachen und dinglichen Rechte, welche der Schuldner bisher besaß, in Besitz, sondern er hat auch dessen Obligationsrechte auszuüben, über seine Aktiva zu verfügen und dessen Vertragsverhältnisse zu ordnen[21]). Was diese letzteren Arten von Vermögenstheilen betrifft, so ist sofort einleuchtend, daß die Verfügung darüber Namens der Masse ausgeübt werden muß[22]); aber ebenso ist klar, daß der „Besitz", welchen der Verwalter überkommt, kein Eigenthumsbesitz, auch kein Besitz mit dem animus domini, mit Aneignungswille, sein kann. Da indessen das Gesetz ausdrücklich den Besitz übergehen läßt und daher das, was der Verwalter auszuüben hat, nicht blos ein thatsächliches Innehaben sein soll, so muß angenommen werden, daß die dem Verwalter eingeräumte Herrschaft über die Vermögensobjekte weiter gehe, als sonst bei dem tutor oder curator stattfindet, und als „abgeleiteter Besitz" gleich dem des Sequester anzusehen ist[23]).

---

19) Wenn auch nur momentan, denn unter Umständen, wenn das Recht ganz klar ist, kann der Verwalter sofort die weggenommene oder vielmehr behufs der Wegnahme vorgezeigte Sache freigeben. Vgl. die vorige Erläuterung.

20) Man sagt allerdings: „Fräulein X ist eine gute Partie, sie kommt einmal in den „Besitz" eines hübschen Vermögens"; „der junge Y „besitzt" sein anständiges Einkommen" u. s. w.; mit unseren Rechtssystemen geht aber dies nicht zusammen. Vgl. Windscheid, Pandekten 5. Auflage Bd. I S. 444 Note 2, der dies als eine „Unart" der Sprache des Lebens bezeichnet.

21) Insoferne also sind die Ausdrücke in §. 5 der KO. correkter.

22) Vgl. hinsichtlich der Wechsel Abth. I S. 130 Note 27.

23) Fitting §. 37 Note 2 a. E. sagt: „Besitz im eigentlichen Sinne erlangt

Die Unterschiede, welche sich aus dieser Auffassung ergeben, richten sich nach dem betreffenden Civilrechte. In den meisten zur Zeit in Deutschland geltenden Systemen wird indessen zwischen den Befugnissen, welche dem Sequester aus dem abgeleiteten Besitz zustehen, und jenen, welche ein Kurator in Folge des in fremdem Namen ausgeübten Besitzes eingeräumt sind, praktisch kein erheblicher Unterschied sein.

II. Das Gesetz läßt nur den Besitz des Vermögens des Gemeinschuldners auf den Verwalter übergehen. Ein Eigenthumsübergang findet also, wie schon in der Einleitung (Abth. I S. 32) erwähnt, nicht statt. Dies scheint der Personifikation der Masse, der Ansicht, daß sie als selbständiges Rechtssubjekt anzusehen sei, (vgl. Abth. I S. 41) entgegenzustehen; „denn — so argumentiren die Gegner — würde durch die Konkurseröffnung ein neues, von der Person des Gemeinschuldners geschiedenes Subjekt für seine bisherigen Rechte und Verbindlichkeiten geschaffen, so müßte ein vollständiger Vermögensübergang stattfinden, es müßten z. B. die Immobilien in den Grund- und Hypothekenbüchern auf „die Masse" überschrieben, es müßten Werthpapiere auf Namen für „die Masse" indossirt werden u. s. w. Derselbe Vorgang müßte sich rückwärts bei der Aufhebung des Konkurses wiederholen. Da aber beides nicht der Fall ist, so ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß ein neues Rechtssubjekt durch den Konkurs nicht geschaffen wird." Ich verkenne nicht die Wichtigkeit dieses Argumentes. Allein das Verkehrsleben erkennt „thatsächliche Sondervermögen" der mannigfachsten Art an, ohne daß deshalb das Eigenthum als solches wechselt. Allerdings bleibt der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung Eigenthümer des zur Konkursmasse gewordenen Vermögens (vgl. Bd. I S. 125), aber dieses ihm eigenthümliche Vermögen ist thatsächlich von seinem sonstigen Vermögen getrennt, — ein selbständiges vom Verwalter vertretenes Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten. Dies zeigt sich gerade in der vom §. 107 der KO. gegebenen Vorschrift, wonach der Gemeinschuldner nicht blos (wie in §. 5 schon gesagt ist) die Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß über die Masse, sondern auch deren Besitz verliert, und somit die thatsächliche Selbständigkeit dieser Masse festgestellt wird [24]).

---

der Verwalter nicht, sondern bloße Innehabung in fremdem Namen, vergleichbar derjenigen eines Vormundes." Schultze S. 39 hebt das Wort: Besitz hervor, fügt aber bei, daß der Verwalter den Besitz für den Gemeinschuldner auszuüben habe. v. Sarwey S. 619 erklärt den Ausdruck „Besitz" als gleichbedeutend mit „Detention für einen Andern, possessio alieno nomine, abgeleitetem Besitz."

24) Ich erinnere als Analogieen an das Nebeneinanderstehen des Allodial-

Sonach ist der Verwalter nicht der Vertreter der Masse, insoferne sie ein dem Gemeinschuldner eigenthümlich zugehörendes Vermögensobjekt ist, sondern insoferne sie durch das Gesetz einer von dem übrigen Vermögen des Gemeinschuldners getrennten rechtlichen Behandlung unterworfen wird und somit die Selbständigkeit im Rechtsleben erlangt.

Es handelt sich überhaupt bei der ganzen Frage um die „vorgefaßte Meinung", daß ein Vermögen immer irgendwem gehören müsse, und nicht auch dadurch zur Rechtsfähigkeit gelangen könne, daß es für irgendwas gehört[25]). Dieses „Was" ist bei der Konkursmasse: „die verhältnißmäßige Befriedigung der Gläubiger", und somit charakterisirt sich die Masse recht eigentlich als ein „Zweckvermögen." Zwar scheint dem das fortdauernde Eigenthum des Gemeinschuldners zu widersprechen[26]). Allein es läßt sich hier analog anwenden, was ein Erkenntniß des ROHG.[27]) hinsichtlich des Vermögens der offenen Gesellschaft bemerkt: „wenn man auch nothgedrungen, weil eben ein Eigenthumswechsel formell durch die Konkurseröffnung nicht eintritt, die Masse als im Eigenthume des Gemeinschuldners verbleibend ansehen muß, so ist dies doch ein unfruchtbarer Begriff, aus welchem keinerlei Rechtsfolge abgeleitet werden kann."

f. (Verwaltung).

I. Die Befugnisse, welche dem Verwalter hinsichtlich des in Besitz genommenen Vermögens zustehen, sind die gleichen, mag der Verwalter nach §. 102 vom Richter ernannt oder nach §. 72 von der Gläubigerversammlung gewählt sein. Der erstere hat nicht weniger Rechte als der letztere[28]).

---

vermögens zum Lehen oder Fideikommisse; ohngeachtet auch hier der gleiche Eigenthümer bleibt, können doch zwischen diesen gesonderten Massen rechtliche Beziehungen bestehen, welche die verschiedenen Massen als selbständige Rechtssubjekte erscheinen lassen.

25) Brinz, Pandekten I. Aufl. S. 980, II. Aufl, Bd. 1 S. 201.

26) „Das pertinere ad aliquem und ad aliquid schließt sich gegenseitig aus". Brinz a. a. O S. 207 Nr. 3.

27) Erk. v. 24. Juni 1882. (Entscheid Bd. IX S. 143.)

28) Es ist dies eine wesentliche Neuerung gegenüber dem Französischen Rechte und der Preußischen Konkursordnung, ebenso gegenüber der Bayer. Proz.-Ordn. v. 1869, welche sämmtlich zwischen den Befugnissen des einstweiligen und des definitiven Verwalters einen erheblichen Unterschied machen. Die legislativen Gründe, welche indessen für die praktische Anwendung keine Ausbeute gewähren, sind in den Motiven (zum I. E S. 61 ff.) wiederholt, (zum II. E. S. 337) ausführlich erörtert.

II. Ueber die Art und Gränzen der Verwaltung ist bereits früher (Abth. I S. 128) gesprochen. Hier ist hervorzuheben, daß diese Verwaltung eine doppelte Richtung hat, nämlich einerseits die Verfügung über das Vermögen behufs Befriedigung der Gläubiger und anderseits die Vertretung der Masse als eines selbständigen Rechtssubjekts. Diese letztere zeigt sich insbesondere in der Berechtigung oder richtiger Verpflichtung, jene Ausgaben zu machen, welche entweder zur Erhaltung der Masse gehören [29]) oder überhaupt auf der Masse und nicht an der Person des Gemeinschuldners haften.

In dieser Hinsicht verdient nun die Frage eine spezielle Erörterung, ob ein vor der Konkurseröffnung herrührender dem Gemeinschuldner zu präsentirender Wechsel [30]) nach der Konkurseröffnung diesem in Person oder statt seiner dem Verwalter präsentirt und behufs Protesterhebung vorgelegt werden muß [31]).

Die Leipziger Wechselconferenz war bei ihrer ersten Lesung [32]) der Ansicht[33]): „daß im Falle eines eingetretenen Konkurses oder Gantverfahrens die Präsentation nicht beim Kridar, sondern beim Kurator der Masse zu bewirken sei." Dieser Satz geht vielleicht zu weit; der Oester-

---

29) Hieher gehört z. B. die Verpflichtung, gegen Feuer- und Seegefahr die üblichen Versicherungen zu nehmen, für Präsentation der Rimessen und Protesterhebung zu sorgen u. s. w. Was dagegen die weiteren in § 152 der Pr. KO. aufgeführten Handlungen betrifft, in schwebenden Prozessen die zulässigen Rechtsmittel einzulegen, die bestehenden Mieth- und Pacht-Kontrakte aufzuheben und die erworbenen Hypothektitel eintragen zu lassen, so sind §. 218 der Civ.-Pr.-O. und §§. 17, 18 u. 12 der KO. in das Auge zu fassen.

30) Ist der Wechsel erst nach der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner ausgestellt, so ist natürlich im Hinblicke auf §. 2 der KO. (weil für ihn keinerlei Beziehung zur Konkursmasse besteht) nur bei dem Gemeinschuldner die Präsentation möglich. Umgekehrt ist selbstverständlich eine solche nur bei dem Verwalter thunlich, wenn dieser für die Masse gehandelt und als deren Vertreter den Wechsel gezeichnet hat.

31) Diese Frage ist natürlich nur in Bezug auf Erhaltung des Wechselregresses gegen die Vormänner bezw. den Aussteller aufzuwerfen; denn hinsichtlich des Rechtes den Wechsel im Konkurse gegen die Masse selbst zu liquidiren bedarf es ja keiner Präsentation mehr, eben in Folge der Konkurseröffnung.

32) Thöl'sche Ausgabe S. 163.

33) So hat auch das Berliner Obertribunal für eine zu Hamburg vorgekommene Protesterhebung entschieden. Erk. vom 5. Oktober 1869. (Entscheid. Bd. 62 S. 353.)

reichische oberste Gerichtshof [34]) machte folgende Unterscheidung: „Werde das Geschäft des Gemeinschuldners für Rechnung der Masse fortgesetzt, so sei eine Sicherheit, daß der Wechsel keine Deckung findet, nicht durch die Zahlungsverweigerung des Kridars, sondern erst dadurch gegeben, daß derselbe vergeblich im Geschäftslokale präsentirt worden ist. In diesem habe aber nur der Konkursverwalter und nicht mehr der Gemeinschuldner Verfügungsrecht und daher müsse auch die Erklärung des ersteren erholt werden.“ Die meisten obersten Gerichtshöfe Deutschlands [35]) waren indessen der Ansicht, daß immer dem Kridar, niemals dem Verwalter zu präsentiren sei, welche Ansicht auch unläugbar gewichtige Gründe für sich hat [36]). „Vor Allem sei“ — so wird argumentirt — „in das Auge zu fassen, daß nach ausgebrochenem Konkurse auch der Verwalter nicht zahlen werde und kaum ein Fall denkbar sei, in dem er zahlen dürfte [37]). Es handle sich also bei der Präsentation nur um eine Formalität. Da nun für den Wechselinhaber blos der Inhalt des Wechsels selbst entscheide und ihm nicht zugemuthet werden könne, sich zu vergewissern, ob der im Wechsel genannte Pflichtige inzwischen einen Vertreter erhalten hat und wo dieser ist, so müsse die Formalität auch als erfüllt gelten, wenn dem Inhalte des Wechsels gemäß die Form eingehalten wurde. Daß die Leipziger Wechselkonferenz zuerst, wie oben erwähnt, der Ansicht gewesen, erscheine irrelevant; im Gegentheile, nachdem sie der Redaktion „anheimgegeben“, ob diese Ansicht zum Ausdrucke gebracht werden könne, und im Gesetze davon nichts zu entdecken ist, so müsse angenommen werden, daß man später hievon Umgang nehmen wollte.“

Das ROHG. folgte anfänglich der in der Leipziger Konferenz vertretenen Ansicht [38]), hat sich aber dann in einem Plenarbeschlusse vom 25. Mai 1878 [39]) dahin ausgesprochen, daß wenn der Acceptant in Konkurs gerathen ist, der Protest bei ihm erhoben werden müsse [40]). In-

---

34) Erk. v 4. Sept. 1862 bei Borchardt zu Art. 91.

35) Siehe die Nachweisungen bei Borchardt a. a. O. Erk. des Berliner Obertribunals v. 30. Juni 1859, des Dresdner OAG. vom Juli 1852 u. August 1859, dann des OAG. zu Darmstadt v. 16. April 1853, bei Seuffert, Archiv Bd. XIV S. 82.

36) Vgl. Hoffmann, Ausführliche Erläuterung S. 631 ffg.

37) Aber bei Präsentation behufs Annahme ist doch wohl denkbar, daß der Verwalter Namens der Masse zu acceptiren ein Interesse hat.

38) Erk. v. 29. Juni 1877 Entsch. Bd. XXII S. 429 ff.

39) Entscheid. Bd. XXIV S. 22.

40) Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Kridar der Domiciliat ist, ebenso beim Protest Mangels Annahme und beim Sicherheitsprotest.

dessen genügt es, wenn der Protesterhebende sich in das frühere Geschäftslokal des Wechselschuldners begeben und konstatirt hat, daß dasselbe in Folge Konkurses geschlossen ist [41]).

g. (und dasselbe zu verwerthen).

I. Unter „verwerthen" versteht das Gesetz nicht etwa die Verwendung in einer Weise, daß man den Werth dafür empfängt [42]), sondern das Verwandeln in einen absoluten Werth, die Umsetzung in den allgemeinen Werthmesser: Geld [43]).

II. Das in §. 107 stehende Wort „sofort" bezieht sich nur auf das „in Besitz und Verwaltung nehmen", nicht auch auf das „Verwerthen". Die Motive (a. a. O.) sagen, es sei nicht beabsichtigt, „daß unbedingt und in allen Fällen mit der sofortigen Versilberung der ganzen Masse vorgegangen werden müsse, vielmehr werde die Selbstverwaltung, zu deren Ausübung der Verwalter allein oder im Verein mit den Gläubigern berufen ist, sich darin zu bewähren haben, daß die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles entsprechende Berücksichtigung finden." Der I. Entw. hatte, um diesem Gedanken Ausdruck zu verleihen, gesagt: „der Verwalter hat das Vermögen in geeigneter Weise zu versilbern."

Als Direktive für die Praxis, was das Gesetz unter der „geeigneten Weise" versteht, füge ich aus den Motiven [44]) folgende Stelle bei: „Hält man daran fest, daß nicht nur bei Verwerthung der Masse die Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners im großen Ganzen zusammenfallen, sondern daß auch die Beendigung des Verfahrens durch einen reellen Akkord für alle Theile gleich wünschenswerth ist, so ist zu erwarten, daß wo die Verwerthung irgendwie dem Abschlusse des Akkordes förderlich sein möchte, mit ihr nicht gezögert und anderseits daß nicht durch unnöthige Rücksichtslosigkeit bei den Realisirungen dem Gemeinschuldner das Interesse an dem Zustandekommen eines Akkordes benommen oder seine Fähigkeit, günstige Bedingungen zu stellen, beeinträchtigt werde."

III. Eine der erheblichsten Neuerungen und nach meiner Ansicht Ver-

---

41) Erk. des RG. v. 17. April 1860. (Entscheid. Bd. 2 S. 23.)

42) Diesen Sinn hat das Wort „verwerthen" im gewöhnlichen Sprachgebrauche, vgl. Sanders S. 1585. Z. B. „sie verwerthete als Lehrerin das Wenige, was sie gelernt", bei Spielhagen, Probl. Naturen Bd. III S. 21.

43) Die Entwürfe hatten das Wort: „versilbern"; in der Kommission (Prt. S. 79) gefiel dieser Ausdruck nicht und der Redaktions-Ausschuß erhielt den Auftrag, ein besseres zu finden.

44) Zum II. E. S. 339 unten und 340.

besserungen [45]) enthält die Konkursordnung durch die vollständige Freigebung der Art und Weise, in welcher der Konkursverwalter das Vermögen verwerthen will. Gemeinrechtlich mußten alle Veräußerungen von Massegegenständen im Wege der Auktion und Subhastation [46]) vorgenommen werden, wodurch die Preise in der Regel erheblich gedrückt und die Masse dadurch verringert wurde. Wenn nun unzweifelhaft auch jetzt noch der Verwalter, falls er es für nothwendig oder zweckmäßig erachtet, eine öffentliche Versteigerung vornehmen lassen [47]) kann, so ist er doch schon darin freier gestellt, daß er hiezu weder gerichtliche Beihülfe bedarf, noch auch sich unter allen Umständen eines Notars oder Gerichtsvollziehers bedienen muß. Er kann jeden Auktionator oder Tändler beauftragen, er kann auch die Objekte in eine Licitations-Anstalt geben und dergleichen.

Wählt der Verwalter den Weg des Verkaufes „unter der Hand", so muß er allerdings darauf bedacht sein, so zu handeln, daß er die Verwerthung nach §. 74 der KO. verantworten kann. In dieser Hinsicht bedarf es daher nicht einer besonderen Vorschrift dafür [48]), daß Gold- und Silbersachen [49]) nicht unter ihrem Gold- und Silberwerthe zugeschlagen werden dürfen; daß hochgültige Gegenstände (z. B. Schmuck, Kostbarkeiten, Antiquitäten) in einer Weise veräußert werden, die zur Realisirung des größtmöglichsten Erlöses führt; daß Werthpapiere nicht unter dem Kurse abgegeben werden sollen (vgl. §. 722 der Civ.-Pr.-O.) und Aehnliches.

Ein „Ueberlassen" an einzelne Gläubiger an Zahlungsstatt ist selbst-

---

45) Die allerdings schon die Pr. KO. §. 221 Abs. 2 enthielt.

46) v. Bayer a. a. O. S. 115. Schweppe S. 232 bezeichnet diesen Weg nur als den „gewöhnlich gewählten."

47) Er kann sie auch selbst vornehmen, wenn dies seine sociale Stellung gestattet. Fitting §. 23 Note 13 spricht die Ansicht aus, daß bei beweglichen Gegenständen, wenn nicht Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung aus denselben geltend gemacht sind, die Verkäufe in den Formen der Zwangsvollstreckung nicht statthaft erscheinen. Das ist zuzugeben, allein öffentliche Versteigerung ist nicht verboten.

48) Wie solche in verschiedenen Gesetzgebungen besteht, auch in der Civ.-Pr.-O. §. 721.

49) Auch Platina-Gegenstände; und wenn Kupfergeschirre oder Zinnteller unter dem Metallwerthe verkauft würden, wäre dies ebensogut zu beanstanden, falls nicht etwa — und dies gilt auch von Edelmetallwaaren — die Façon eine solche ist, daß die Reduktion in reines Metall erhebliche vom Werthe abzuziehende Kosten verursacht.

verständlich ausgeschlossen; dagegen kann jeder Gläubiger ebensogut wie ein Dritter als Käufer auftreten [50]).

IV. Auch im Uebrigen ist auf das Verfahren des Verwalters in Verwerthung der Masse die Anwendung der für das Exekutionsverfahren gegebenen Vorschriften nicht unbedingt geboten. So ist insbesondere der Verwalter nicht an die Termine und an die Bestimmungen über den Ort des Verkaufes, welche z. B. §. 717 der Civ.-Pr.-O. gibt, gebunden; desgleichen wird das Verbot des §. 725 der Civ.-Pr.-O. über Verkauf der Früchte auf dem Halm nicht maßgebend erscheinen.

Dagegen ist es mir sehr fraglich, ob durch die Aenderung des Ausdruckes „Versilbern" in „Verwerthen" [51]) auch die Vorschrift des §. 718 der Civ.-Pr.-O. aufgehoben sein sollte, daß die Veräußerung nur gegen baares Geld erfolgen dürfe. Darüber habe ich keinen Zweifel, daß die sofortige Baarzahlung für Verwerthungen im Konkursverfahren nicht geboten ist; gewiß kann der Verwalter Kaufpreise stunden [52]), Fristenzahlungen [53]) gewähren und dergleichen. Andererseits bin ich auch darüber nicht zweifelhaft, daß schließlich die „Verwerthung" eine Umsetzung in Geld sein muß [54]), da natürlich in der Vertheilung die Antheile nur nach Summen berechnet werden können. Kritisch bleibt also nur die Frage, ob der Verwalter die Massenobjekte einem Zwischenstadium unterwerfen kann. Ich möchte mich für die Bejahung aussprechen. Gesetzt den Fall, in der Masse befindet sich ein entfernt von München liegender Bauernhof, die Versuche ihn zu verkaufen, bleiben fruchtlos, nun meldet sich ein Liebhaber, der die Hypotheken übernehmen und für den Rest ein Haus in der Corneliusstraße antauschen will; für dieses Haus läßt sich voraussichtlich leicht ein Käufer finden. Warum soll die Verwerthung [55]) nicht in dieser Weise stattfinden dürfen?

V. Gegenüber dem Gemeinrechtlichen und auch dem Französischen

---

50) Nur wird der Verwalter hier besonders vorsichtig sein müssen, damit man ihm keinen Vorwurf der Begünstigung machen kann.

51) Siehe oben Note 43.

52) Er kann sogar dem kaufenden Gläubiger die Zahlung à conto seines bei künftiger Vertheilung zu empfangenden Antheiles aufrechnen.

53) Es steht nichts im Wege, wenn sich Gläubiger bereit finden, solche Fristen ihnen auf ihren Antheil anzuweisen.

54) Vgl. Nr. I.

55) In diesem Falle natürlich unter Beobachtung des §. 122 der KO. v. Sarwey S. 620 theilt meine Ansicht. Nach gepflogener Umfrage geschieht diese Manipulation in der Praxis unbeanstandet.

Systeme der kuratelartigen Konkursverwaltung stellt, wie im Vorhergehenden ersichtlich, die Deutsche Konkursordnung das Princip der möglichst selbständigen, sowohl vom Gerichte als auch von den Gläubigern unabhängigen Thätigkeit des Konkursverwalters als Regel auf. Dieses System entspricht auch viel mehr als das frühere den Anschauungen und Gewöhnungen des modernen Lebens. Es ist natürlich hiedurch nicht ausgeschlossen, daß der Verwalter, um sich sicher zu stellen, namentlich bei außergewöhnlichen Maßnahmen, die Gläubiger (sei es in der Versammlung Aller oder in ihren Vertretern, dem Ausschusse) befragt, und hier gilt als Grundsatz, daß mit Zustimmung der Gläubiger[56]) so ziemlich Alles erlaubt ist, was mit dem Zwecke und mit dem Begriffe des Konkurses noch vereinbar ist[57]). Aber abgesehen hievon, von der freiwilligen Befragung der Gläubiger durch den Verwalter, muß als Regel angenommen werden, daß man alle Ausnahmen, welche die Konkursordnung von der Selbständigkeit des Konkursverwalters macht, in möglichst engen Grenzen anzuwenden hat.

Hiedurch löst sich denn auch die aufzuwerfende Frage, ob der Konkursverwalter in denjenigen Fällen, in welchen er nach §. 121 die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat, soferne ein Gläubigerausschuß entweder noch gar nicht bestellt oder der bestellt gewesene aufgelöst und noch kein anderer bestellt ist, selbständig vorgehen kann, oder ob er warten muß, bis diese Bestellung erfolgt. Für die letztere Alternative ließe sich anführen, daß die in dem §. 121 als Ausnahmsfälle aufgeführten Dispositionshandlungen in der Regel von so wichtiger Beschaffenheit sind, daß es bedenklich erscheinen muß, dieselben gänzlich der Willkür eines Mannes zu überlassen, über dessen Tüchtigkeit, Zahlungsfähigkeit und Charakter man (besonders im Anfange der Verwaltung) noch keine genügende Sicherheit hat. Andererseits aber und zu Gunsten der zuerst aufgeführten Alternative läßt sich geltend machen, daß der §. 107 ganz

---

56) Vorbehaltlich des §. 91.

57) Ich erwähne beispielshalber zwei Anwendungen des obigen Grundsatzes; mit Zustimmung der Gläubiger kann z. B. die Verwerthung gewisser Objekte ganz unterbleiben und sogar dem Schuldner dieselben zurückgegeben werden, oder sie können „abgelöst“ werden, z. B. ein Familienmitglied bietet für ein Objekt eine Summe, die zwar dem Werthe nicht entspricht, die aber aus Schonung für die Familie, welche ein Uebergang in dritte Hände unverhältnißmäßig kränken würde, angenommen wird u. dgl. Ferner ist es denkbar, daß die Gläubiger einen Mitgläubiger mit einem Objekte gegen Verzicht auf seinen Gesammtanspruch abfinden und Aehnliches.

unbedingt und allgemein spricht und keine Ausnahme festsetzt für die Fälle, wenn es sich, bei noch nicht erfolgter Bestellung eines Gläubigerausschusses, um eine Verfügung handelt, welche zu den bezeichneten Ausnahmsfällen gehört, wornach also die allgemeine Rechtsregel Platz greift, daß wenn das Gesetz keine Ausnahme macht, auch der Richter hiezu nicht befugt ist. Praktisch läßt sich auch wohl die Sache nicht anders machen. Denken wir nur an Fälle dringlicher Natur, z. B. es ist in einem zur Masse gehörigen landwirthschaftlichen Anwesen eine ansteckende Viehkrankheit ausgebrochen und es sollen daher alle bereits angesteckten Thiere schleunigst, soweit dieses polizeilich zulässig ist, geschlachtet oder verkauft werden; oder es meldet sich für ein zur Konkursmasse gehöriges Haus oder Geschäft ein zahlungsfähiger Kaufsliebhaber, welcher, aber nur unter der Bedingung *sofortiger* Vertragserrichtung und Uebergabe, eine Summe bietet, welche bei längerem Aufschube voraussichtlich weder durch Privatverkauf noch durch Versteigerung auch nur annähernd erreicht werden würde; oder wenn zur Anhängigmachung oder Ablehnung von Prozessen die Frist dem Ablaufe nahe steht, u. s. w.

In allen diesen Fällen würde die Nothwendigkeit einer vorherigen Bestellung des Ausschusses oder gar die Einberufung einer außerordentlichen Gläubigerversammlung der Masse und damit den Gläubigern zum größten Nachtheile gereichen, und es muß also angenommen werden, daß der Verwalter, soferne ein Ausschuß noch nicht bestellt ist, die in §. 121 aufgeführten Handlungen selbständig vornehmen darf [58]).

---

§. 108.

Offener Arrest.

Durch den offenen Arrest[a]) wird[b]) allen Personen[c]), welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache[d]) in Besitz haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben[e]), nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen oder zu leisten, auch die Verpflichtung auferlegt), von dem Besitze der Sache[g]) und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen[h]), dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist[i]) Anzeige zu machen.

I. E. §. 116; II. E. §. 108; Pr. H. E. Art. 796; Pr. KO. §. 145; B. Pr. O. Art. 1201 Ziffer 2.

---

58) So ist auch die Praxis.

§. 109.

Wer die Anzeige über den Besitz[k]) von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterläßt[l]), haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung[m]) der Anzeige entstehenden Schaden[n]).

I. E. §. 118; II. E. §. 109; Pr H. G. Art. 998; Pr. KO. §. 147; B. Pr. O.

a. (Durch den offenen Arrest).

Nach[1]) §. 7 der KO. (vgl. Abth. I S. 156 ff.) wird der gute Glaube der Schuldner des Kridars bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Konkursverfahrens vermuthet; von da ab wird ein an den Gemeinschuldner leistender Schuldner von der wiederholten Leistung zur Konkursmasse nur befreit, aber auch völlig befreit, wenn er beweist, daß ihm die Konkurseröffnung unbekannt war. Die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung geschieht durch die in §. 103 (vgl. oben S. 216 ff.) angeordnete Publikation der Formel des Eröffnungsbeschlusses. Diese Publikation müßte eigentlich vom strengen Rechtsstandpunkte aus genügen, da Niemand sich mit der Unkenntniß der gesetzlichen Folgen einer Thatsache entschuldigen kann[2]). Je bedeutungsvoller aber diese Folgen sind und je mehr die Unkenntniß derselben Seitens der Verpflichteten auch die Konkursgläubiger der Gefahr thatsächlicher Verluste aussetzt, desto eher ist ein ausdrücklicher Hinweis auf die Folgen der Konkurseröffnung vom Verkehrsstandpunkte aus wünschenswerth. Deshalb hat der §. 103 die öffentliche Bekanntmachung des Generalinhibitoriums, des sogenannten offenen Arrestes beibehalten. Indessen ist diese Publikation, wie bereits bemerkt, nicht eine juristische Nothwendigkeit, sondern nur eine praktische Zweckmäßigkeit[3]). Wenn daher z. B. die Beifügung des Satzes: „Allen,

1) Das Folgende ist den Motiven zum II. E. S. 341 ff. entnommen.

2) Das Französische Recht (Code de Commerce Art. 457; Ges. von 1838 Art. 442) begnügt sich auch damit.

3) Dieser „offene Arrest" wird zwar — wie die Motive a. a. O. Note 1 bemerken — schon in der R.-Pr.-O. von 1577 Tit. 23 §. 2 u. 4 und in dem Reichstagsschlusse von 1668 erwähnt. Er war aber gemeinrechtlich nicht allgemein anerkannt. Schweppe, System des Konkurses §. 121 polemisirt gegen denselben und bezeichnet die Androhung der Doppelzahlung sogar als eine „Ueberschreitung der richterlichen Befugniß". Erst durch Puchta, Beiträge Bd. II S. 316 ff. ist die Zweckmäßigkeit dieser Art von Ankündigung näher dargelegt und dieselbe seitdem wohl allgemein üblich geworden.

welchen von dem Gemeinschuldner u. s. w." (siehe oben S. 185 Note 11) in dem Gantproklam vergessen worden wäre, so könnte ein Schuldner, der trotz Kenntniß von der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner zahlen würde, sich auf die Weglassung nicht berufen und er wäre durch dieses Uebersehen des Richters oder Gerichtsschreibers den Konkursgläubigern gegenüber von der Pflicht zu nochmaliger Zahlung nicht befreit.

b. (wird).

Während die Pr. KO. die Fassung hatte: „durch den offenen Arrest muß Allen, welche u. s. w., aufgegeben werden", sagt unser Gesetz einfach: „wird aufgegeben". Hienach also war nach früherem Preuß. Rechte eine besondere Verkündung des Arrestes an die einzelnen Personen beabsichtigt und im Anschlusse hieran schrieb die Instruktion zur Pr. KO. §. 12 vor, daß die Zustellung der Abschriften der Inhibitorien an die bekannten Schuldner und Pfandgläubiger des Gemeinschuldners so schleunig als möglich zu geschehen habe. Die neue KO. dagegen sieht das Inhibitorium im Proklame selbst; es bedarf keiner besonderen Insinuation des Arrestes an den Einzelnen, der Arrest ist wirklich ein offener; weil er öffentlich bekannt gemacht wird, gilt er für Alle. Weil aber (wie bereits bemerkt) das Alinea III des §. 7 der KO. auch nach der öffentlichen Bekanntmachung den Beweis des „Nichtwissens" frei läßt, wird es immerhin nicht nur zulässig, sondern sogar zur Abschneidung von Weiterungen und Frivolitäten sehr zweckmäßig sein, wenn an die gerichtsbekannten Schuldner des Kridars besondere Zustellung des Arrestbeschlusses erfolgt.

c. (allen Personen).

I. Dieser Ausdruck ist dahin auszulegen, daß zwar alle Personen, welche Etwas vom Gemeinschuldner in Händen haben, an ihn selbst Nichts verabfolgen oder leisten dürfen, nicht aber ist hieraus auch zu folgern, daß sie an den Konkursverwalter verabfolgen oder leisten müssen. Durch den offenen Arrest kann eine Aufforderung zur Zahlung oder Ablieferung an den Verwalter natürlich nur in den Fällen eintreten[4]), in welchen eine solche Verpflichtung auch gegenüber dem Gemeinschuldner bestehen würde. „Der offene Arrest schafft keine neuen Verpflichtungen" — sagen die Motive[5]) — „er will nur die bestehenden zur Ausführung

---

4) Der Verwalter tritt ja nur in die Befugnisse des Kridars ein und es schlägt also der Rechtssatz an: nemo plus juris in alterum transferre potest quam ipse habet.

5) Im Anschlusse an die berühmte Stelle in Piccolomini Akt IV letzte Szene: „Der Wein erfindet Nichts, er schwatzt's nur aus."

bringen." Gesetzt den Fall, der Kaufmann A schuldet dem Oekonomen B, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, für gelieferte Milch, Eier und Geflügel zusammen den Betrag von 100 Mark, so darf er zwar unter allen Umständen nach erlassenem offenen Arrest an den B diese 100 Mark nicht zahlen; allein wenn er seinerseits bei B noch eine Rechnung für einen Mantelstoff u. s. w. von 150 Mark zu fordern hat, so ist klar, daß er nicht durch die Publikation des Arrestes verpflichtet werden kann, die 100 Mark an den Verwalter zu entrichten, vielmehr behält er dieselben mit Recht zurück und rechnet sie an seiner eigenen Forderung ab. Desgleichen sind z. B. Kommissionäre, Spediteure, Frachtführer, auch wenn sie Waaren in Händen haben, welche offenbar zur Konkursmasse gehören, ohngeachtet des offenen Arrestes nicht gehalten, dieselben an den Verwalter abzuliefern, soferne sie Forderungen haben, welche sie nach den Art. 374, 382 und 409 des A. D. HGB. zur Zurückhaltung der Waaren auch gegen den Gemeinschuldner berechtigt hätten.

II. Wie das Gesetz jetzt lautet, besteht keine Ausnahme mehr hinsichtlich der Anzeigepflicht. Die Entwürfe hatten in dieser Hinsicht ein anderes System; nach ihnen hatte der §. 108 folgenden letzten Absatz:

„Die Anstalten, welche auf Grund eines Privilegs befugt sind, sich selbst aus einem Pfande zu befriedigen, haben die Anzeige zu machen, wenn sie der Verwalter besonders dazu aufgefordert hat[6])."

Auf Antrag Dr. Goldschmidt's[7]) wurde aber dieser Absatz namentlich deshalb gestrichen, weil man nicht übersehen könne, welche Anstalten unter diese Vorschrift fallen würden[8]). Indessen versteht es sich, daß faktisch die Verpflichtung für solche Anstalten nicht angenommen werden kann, bei denen der Name des Entleihers gar nicht genannt wird, oder das Geschäft auf einen beliebigen oft fingirten Pfandeigenthümer gemacht zu werden pflegt[9]). Uebrigens wird der Verwalter durch den

---

6) Die Privatpfandverleiher waren auch hienach nicht befreit, um so weniger sind sie es jetzt.

7) K. Prt. S. 79.

8) Durch §. 3 Abs. 1 des E.G. ist indessen der §. 11 Abs. 2 des Gesetzes vom 2. Juni 1869 betreffend die Kautionen der Reichsbeamten aufrecht erhalten, sonach das Reich nicht verpflichtet, solche Kautionen zur Masse einzuliefern.

9) Dieser Umstand wird gewöhnlich die privilegirten Pfand- und Leihanstalten der faktisch geradezu unmöglichen Aufgabe entheben, alle Konkursausschreibungen mit den Tausenden von Namen zu vergleichen, die in ihren Büchern stehen. Außerdem wird der Nachweis eines Schuldners, welcher in

Besitz der Pfandzettel[10]) in der Regel in der Lage sein, die nöthigen Schritte zu thun.

d. (eine zur Konkursmasse gehörige Sache).

In Konsequenz der vorher erörterten Grundsätze müssen hierunter wirklich zur Konkursmasse gehörige Sachen verstanden werden. Sachen, welche zwar der Gemeinschuldner als sein Eigenthum erklärt, die aber ein Anderer besitzt und als ihm gehörig beansprucht, sind von diesem natürlich nicht an den Verwalter abzugeben, auf sie erstreckt sich der §. 108 überhaupt nicht. (Vgl. die folgende Erörterung.)

e. (aufgegeben).

Das Gesetz hat, wie bereits erwähnt, darüber keine besondere Verfügung getroffen, was Rechtens sein solle, wenn der Dritte zwar nicht an den Gemeinschuldner leistet oder die besessene Sache nicht an denselben verabfolgt, aber auch nichts an die Masse gibt, sondern gar nichts thut. Erkennt nun der Verwalter dieses Vorgehen Dritter als berechtigt nicht an und ergibt sich also Streit über die Frage, ob derjenige, welcher eine vom Verwalter als zur Konkursmasse gehörig in Anspruch genommene Sache in Händen hat, dieselbe abzuliefern habe oder zurückhalten dürfe, oder über die Frage, ob der Schuldner des Gemeinschuldners effektiv zu zahlen verpflichtet sei, so kann der Verwalter nicht auf Grund des offenen Arrestes gegen die Dritten eigenmächtig vorgehen, er kann auch nicht den Konkursrichter zum Vollzuge des offenen Arrestes (etwa mittelst Mandates oder einer Provisionalverfügung) anrufen. Die Sache ist vielmehr auf dem ordentlichen Prozeßwege auszutragen, gerade so, als wenn der Gemeinschuldner selbst klagen würde, also in derselben Form, bei demselben Gerichte, mit denselben Mitteln, wie solches hätte erfolgen müssen, wenn ein Konkursverfahren nicht eingetreten wäre.

f. (auch die Verpflichtung auferlegt).

Während, wie bisher erörtert, das Verbot, welches im offenen Arrest ausgesprochen wird, keine besonderen Verpflichtungen schafft, sondern nur die bestehenden dem Publikum in das Gedächtniß ruft, enthält der Arrest zugleich ein positives Gebot, welches eine durch den Konkurs neu entstehende Verpflichtung schafft. Diese Verpflichtung geht dahin, daß alle jene, welche Sachen, die dem Gemeinschuldner gehören, in Händen haben,

---

solchen Fällen durch die Unterlassung der Anzeige entstanden sein soll, in der Regel nicht zu erbringen sein.

10) Daß der Besitzer eines dem Gemeinschuldner gehörigen Pfandzettels diesen Besitz wie jeder Andere anzeigen muß, ist klar.

unter allen Umständen, mögen sie zur Zurückhaltung sich berechtigt fühlen oder nicht, von ihrem Besitze Anzeige erstatten.

Die Anzeige ist an keine Form gebunden, sie kann auch mündlich erfolgen. Sie ist nicht dem Gerichte, sondern dem Verwalter zu machen; der Anzeigende wird für befugt zu erachten sein, sich über die Erfüllung seiner Verpflichtung vom Verwalter eine Bestätigung ausstellen zu lassen.

Es frägt sich nun, wie verhält es sich mit dem Aussonderungsberechtigten? [11]) An und für sich kann man sie, meines Dafürhaltens, nicht unter diejenigen Personen subsumiren, welchen die Anzeigepflicht obliegt; denn der §. 108 sagt nicht[12]): „von dem Besitze der Sache und, soferne sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, von ihren Forderungen", sondern er verbindet „den Besitz und die Forderungen" mittelst einfacher Kopula, so daß sich die Anzeigepflicht nur auf den Absonderungsberechtigten zu beziehen scheint. Indessen glaube ich, man muß unterscheiden: Besteht der Eigenthumsanspruch der Masse nur in der einfachen Prätention, so schließt schon die praktische Rücksicht die Anzeigepflicht aus. Denn wie kann man dem Besitzer zumuthen, zu wissen, wer etwa sich einbildet, daß er an der Sache, die jener in Händen hat, Eigenthum habe? Es ist klar, daß auch ein blos mündliches oder selbst schriftliches Begehren diesen Standpunkt nicht ändert; ich bin gewiß nicht verpflichtet, dem Konkursverwalter folgende Anzeige zu machen: „Wie ich gelesen habe, ist Gutsbesitzer X in Konkurs gerathen. Da nun vor einiger Zeit Herr X behauptet hat, er habe den Schimmel, der in meinem Stalle steht, vor mir vom Pferdehändler Y gekauft und auch bezahlt, derselbe sei also sein Eigenthum, während ich dies nicht anerkennen kann, so zeige ich Ihnen als Konkursverwalter in Folge der Ausschreibung des k. Amtsgerichtes München vom 16. März 1880 an, daß ich den fraglichen Schimmel besitze und auch nicht herauszugeben gedenke."

---

11) Dieser Ausdruck ist nicht ganz korrekt; denn unter demselben sind eigentlich nur jene Eigenthümer verstanden, welche die Sache, die von ihnen beansprucht wird, nicht in Besitz haben, deren Eigenthum sich umgekehrt in der Masse befindet, und die die Besitzübergabe mittelst Aussonderung erst begehren. Indessen habe ich keine andere kürzere Bezeichnung für diejenigen Besitzer finden können, welche zwar im Besitze sind, denen man aber den Besitz von Seite der Masse nehmen will, und welche daher zwar nicht die „Aussonderung", wohl aber das „Ausgesondert-Bleiben" verlangen.

12) Ich sollte sagen: „nicht mehr", der Entwurf hatte diese Fassung, wurde aber in der Berathung geändert. Vgl. K. Prt. S. 79.

Anders steht die Sache, wenn der Streit bereits rechtshängig ist; allein in diesem Falle bedarf es wiederum aus faktischen Gründen keiner Anzeige, da von einem solchen Sachverhältniß ohnehin der Verwalter Kenntniß erhalten muß. Es erübrigen demnach nur jene Fälle, in denen die Sache zwar im Besitze eines Dritten sich befindet, an der Sache selbst aber das angebliche Eigenthum des Gemeinschuldners erkennbar ist und der Besitzer demohngeachtet dasselbe nicht anerkennen will. Für solche Fälle erachte ich die Pflicht zur Anzeige des Besitzes und des Anspruches, der auf die Sache erhoben wird, — obwohl hiefür der Ausdruck „Forderung, für welche abgesonderte Befriedigung in Anspruch genommen wird", nicht paßt — dennoch durch den offenen Arrest für geboten. Als Beispiel diene der Fall, daß ein auf den Namen des Gemeinschuldners lautendes Werthpapier sich in den Händen einer Person befindet, welche behauptet, sie habe dasselbe längst erkauft und bezahlt und es sei nur die Girirung bisher vergessen worden, und Aehnliches.

Noch weniger aber läßt sich bestreiten, daß die Fälle hieher zu beziehen sind, in denen der Besitzer nur ein persönliches Recht oder auch ein dingliches Benützungsrecht prätendirt, z. B. beim Besitze von Mieth- und Leihgegenständen, beim Nutznießer und Usuar; daß diese dem Verwalter anzuzeigen haben, sie hätten diese und jene Gegenstände des Gemeinschuldners in Händen, erachteten sich aber in Folge des bestehenden Vertragsverhältnisses für befugt, dieselben einstweilen noch benutzen zu dürfen, ist klar.

g. (von dem Besitze der Sache).

Da das Gesetz nicht blos der „beweglichen Sachen" erwähnt, so wird auch Derjenige unter §. 108 fallen, welcher ein Immobile des Gemeinschuldners in Besitz hat, um aus dessen Früchten sich für eine Forderung bezahlt zu machen. In Ländern, in welchen Grundbücher nicht bestehen, könnte der Fall praktisch werden.

h. (von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen).

Solche Forderungen haben insbesondere die Faustpfandinhaber und sodann alle jene Personen, deren Forderungen unter §. 41 der KO. erwähnt werden.

i. (innerhalb einer bestimmten Frist).

Diese Frist muß das Gericht in der Ausschreibung sofort angeben, vgl. oben S. 218.

k. (die Anzeige über den Besitz).

Wer dem Verbote des offenen Arrestes entgegenhandelt, das heißt, wer nach dem Proklame Etwas, was er in Besitz hat oder schuldig ist,

an den Gemeinschuldner verabfolgt, der wird zufolge §. 7 der KO. behandelt. Dieses Präjudiz kann natürlich denjenigen nicht treffen[13]), welcher nur dem Gebote der Anzeige über den Besitz zuwiderhandelt und die Anzeige unterläßt. Diesem kann nicht mehr auferlegt werden, als daß er die Masse schadlos hält, wenn sein Ungehorsam ihr geschadet hat. Ist aber nicht bloßer Ungehorsam, sondern böse Absicht vorhanden, so findet §. 212 der KO. Anwendung.

l. (zu machen unterläßt).

Das Gesetz spricht allgemein, es unterscheidet nicht, ob Verschulden des Zuwiderhandelnden vorliegt. Die Einrede „ich habe die Ausschreibung nicht gelesen" wird also nicht gehört. Wie aber, wenn er sie nicht lesen konnte? War dies ein bloßes „Nichtlesenkönnen in abstracto", z. B. weil der Betreffende nicht lesen gelernt hat, oder weil er augenleidend ist und dergleichen, so ist er nicht entschuldigt, er muß sich eben die Zeitungen vorlesen lassen. Ist er aber in concreto außer Stande gewesen, die Aufforderung inne zu werden, z. B. er liegt im Typhus oder er befand sich auf einer Reise und Aehnliches[14]), so sollte man glauben, daß er nicht haftbar gemacht werden könne. Nach den Motiven[15]) scheint aber die Absicht gewesen zu sein, jede Entschuldigung auszuschließen.

m. (oder Verzögerung).

Es sind hier die Fälle gemeint, in denen zwar die Anzeige nicht unterlassen wird, aber dieselbe erst nach Ablauf der im Proklame vorgesteckten Frist erfolgt und durch diese Verspätung Schaden entsteht.

n. (Schaden).

Dieser Schaden kann in Verschlechterung oder Vernichtung der Sache liegen, z. B. der A hat dem B ein Pferd zum Spazierritt nach Nymphenburg geliehen gehabt, B stellt es in seinen eigenen Stall und unterläßt, nachdem A in Konkurs gerathen, die Anzeige. Der Verwalter holt das Pferd, von dem er nichts weiß, nicht ab, und dieses geht in Folge eines bei B ausgebrochenen Brandes zu Grund. Auch wenn B an dem Entstehen des Feuers ganz schuldlos ist, muß er doch der Masse den Werth des Pferdes ersetzen[16]).

---

13) Die Pr. KO. §. 147 hatte den Verlust aller Rechte angedroht, welche auf die Sache zustehen, was offenbar zu hart war.

14) Vgl. den bei lit. c. II erwähnten Fall, daß der Besitzer den Namen des Eigenthümers gar nicht kennt.

15) Motive zum II. E. S. 342.

16) Denn der Verwalter hätte das Pferd wegen der Futterkosten sofort verwerthen müssen.

Unter dem „Schaden" ist aber auch der Gewinnentgang zu verstehen; so z. B. wird der Ungehorsame die Kursdifferenz bei Werthpapieren u. dgl. zu decken haben, wenn der Verkauf zu höherem Kurs durch seine verzögerte Anzeige versäumt worden ist.

---

§. 110.

Vorzeigung und Abschätzung von Pfandstücken.

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen[a]), haben dem Verwalter auf dessen Verlangen[b]) die Sache zur Ansicht vorzuzeigen[c]) und die Abschätzung derselben[d]) zu gestatten[e]).

I. E. §. 117 Abs. 3; II. E. §. 110; Pr. H. E. Art. 797; Pr. KO. §. 146; B. Pr. O.

a. (beanspruchen).

Zwei Voraussetzungen sind im vorstehenden Paragraphen für dessen Anwendbarkeit aufgestellt: es muß die Sache, welche der Verwalter sich vorzeigen und abschätzen lassen will, im Besitze einer anderen Person sich befinden[1]), und diese andere Person muß als Gläubiger aus der Sache abgesonderte Befriedigung beanspruchen. Wenn daher z. B. der Kaufmann A in München in Konkurs gerathen ist und der Fabrikant B in Hof hat die von A bestellten noch unbezahlten Waaren nach ihrer Absendung in Nürnberg telegraphisch angehalten, so kann der A'sche Konkursverwalter nicht begehren, daß B die Waare nach München schicke und dort abschätzen lasse. Denn hier handelt es sich nicht um ein Absonderungsrecht, sondern B macht auf Grund seines Eigenthumes ein Aussonderungsrecht geltend. Ebenso aber ist der Fall des §. 110 der KO. nicht gegeben, wenn z. B. der Gläubiger A ein Recht auf abgesonderte Befriedigung an einer Sache prätendiren würde, welche B in Händen hat. Hier muß sich der Verwalter an den B halten; wenn nun dieser behauptet, an die Sache keinen Anspruch machen zu wollen, so muß er sie nicht blos vorzeigen, sondern wirklich ausliefern. Spricht er aber die Sache etwa als Eigenthum an, so hat er auch keine Verbindlichkeit zur Vorzeigung.

---

1) Diese Voraussetzung ist selbstverständlich; denn fehlt dieselbe, so findet überhaupt kein Absonderungsrecht statt.

b. (auf dessen Verlangen).

Zur Vorzeigung und Gestattung der Abschätzung sind die Besitzer nicht schon durch den offenen Arrest verpflichtet, sondern es wird ein besonderes Begehren des Verwalters vorausgesetzt. Dieses Verlangen muß aber ein speziell an den Besitzer gerichtetes sein; es kann nicht etwa der Verwalter in dem allgemeinen Proklam ausschreiben lassen, daß die Besitzer von Pfandstücken dieselben bei ihm vorzuzeigen haben, sondern es muß der Besitzer persönlich zu dieser Handlung aufgefordert werden. Dies kann indessen mündlich oder schriftlich geschehen.

c. (vorzuzeigen).

Bei solchen Sachen, welche überhaupt nicht oder nur mit besonderen Beschwernissen und Kosten von der Stelle gebracht werden können, ist es selbstverständlich, daß der Besitzer bezw. Inhaber nicht verpflichtet ist, dieselben, auch wenn sie transportabel sind, in die Wohnung des Konkursverwalters zu schaffen oder schaffen zu lassen, damit dieser sie ansehe. Bei anderen Sachen aber, welche leicht transportabel sind, könnte nach der Fassung des §. 110 gezweifelt werden, ob solche der Besitzer bezw. Inhaber zu dem Konkursverwalter hinschaffen lassen oder ob der Letztere zum besagten Zwecke sich an den Ort begeben muß, wo die Sachen liegen oder stehen. Es kann der Fall vorkommen und kommt laut Erfahrung sehr häufig vor, daß gerade die meisten zur Konkursmasse gehörigen beweglichen Sachen von Werth zu der Zeit der Konkurseröffnung sich im Pfandbesitz oder auch nur in der einfachen Detention oder Verwahrung von Personen befinden, welche nicht am Wohnorte des Konkursverwalters, oft an mehreren oder vielen zerstreut liegenden, mitunter weit entfernten Orten sich befinden. Wenn in solchen Fällen der Konkursverwalter an alle einzelnen Orte herumreisen müßte, um die Sachen zu besichtigen und abzuschätzen oder abschätzen zu lassen, so würden hierdurch der Konkursmasse Kosten entstehen, welche nach Umständen so groß oder noch größer sein könnten, als der Werth der betreffenden Sachen. Andererseits kann aber auch den Besitzern oder bezw. Detentoren der Sachen nicht zugemuthet werden, mit den letzteren an den Wohnort des Konkursverwalters zu reisen oder dieselben dorthin schaffen zu lassen, weil nach den über die Besitz- und Detentionsrechte geltenden Vorschriften die Besitzer nicht verpflichtet sind, wider ihren Willen den Besitzstand auch nur im Geringsten ändern zu lassen. Zur Entscheidung scheint mir nun die Erwägung maßgebend, daß vor Allem der Rechtsstandpunkt festgehalten werden muß, wenn auch hierdurch anderen Personen Unbequemlichkeiten und selbst Nachtheile entstehen. Nun ist es aber der Verwalter, welcher von den Besitzern etwas will, nicht umgekehrt, und da in den bezeichneten Fällen das Recht jedenfalls auf Seite der Besitzer und bezw. Detentoren liegt, so muß angenommen

werden, daß in dergleichen Fällen der Konkursverwalter, wenn er die Ansicht und Abschätzung der betreffenden Gegenstände für nothwendig oder zweckmäßig erachtet, sich entweder selbst an Ort und Stelle derselben begeben oder andere Personen hiezu absenden[2]) oder allenfalls am betreffenden Orte wohnhafte Personen zum besagten Geschäfte beauftragen muß[3]).

d. (die Abschätzung derselben).

Nach §. 57 der KO. kann sich ein Absonderungsberechtigter, wenn er zugleich persönlicher Gläubiger ist, für den Ausfall im Konkurse melden, und anderseits ist schon früher[4]) bemerkt worden, daß der nach Befriedigung des Realberechtigten verbleibende Pfanderlös zur gemeinsamen Masse gehört. Es besteht sonach ein doppeltes Interesse für den Verwalter, zu wissen, wie weit der Werth des Absonderungs-Anspruches reichen wird. Dies erfährt er im Allgemeinen durch die Abschätzung; ich sage „im Allgemeinen", denn effektiv wird die Sache erst durch den wirklichen Verkauf festgestellt (vgl. §. 117). Die Abschätzung muß nicht eine gerichtliche sein; sie kann in jeder beliebigen Art vorgenommen werden. In den meisten Fällen wird der Verwalter selbst durch den Anblick sich vergewissern können[5]), wie sich der Werth des Gegenstandes zum geltend gemachten Anspruche verhält.

e. (zu gestatten).

Das Gesetz droht kein Präjudiz für die Verweigerung der in §. 110 dem Absonderungsberechtigten auferlegten Verpflichtungen an. Indessen wird jedenfalls der §. 109, obwohl er vorausgeht und nur von der Unterlassung der Anzeige spricht, analog anzuwenden sein[6]), weil ohnehin die Haftung zum Schadensersatze eine allgemeine Folge aller gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßenden Handlungen ist.

Allein es kann der Verwalter das ihm zustehende Recht sicherlich auch mit Klagen geltend machen und hiedurch die Anwendung der §§.

---

2) Vgl. das Erk. des OAG. zu Rostock v. 5. Oktober 1863 in Seuffert's Archiv Bd. XX S. 69.

3) Er wird daher in solchen Fällen wohl nur dann den §. 110 in Anwendung bringen, wenn ein dringender Anlaß hiezu vorliegt.

4) Abth. I S. 44 u. 45.

5) Es tritt hier die Rücksicht ein, daß Kosten möglichst zu vermeiden sind und das praktische Resultat doch erst nach §. 117 herzustellen ist.

6) A. A. v. Sarwey S. 624, v. Wilmowski S 366. Jedenfalls wird der Gläubiger in Verzug gesetzt und haftet schon deshalb für allen durch seine Weigerung entstehenden Schaden. Petersen S. 364; Stieglitz S. 483.

769 und 775 der Civ.-Pr.-O. herbeiführen, das heißt die Sache dem Inhaber durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen lassen, damit er dieselbe sieht und die Abschätzung bewirken kann[7]). Zur Verhandlung dieser Klage könnte man — ohne Rücksicht auf den Wohnort des Besitzers — das Konkursgericht für zuständig erachten wollen, weil die fragliche Maßnahme offenbar nur eine zum Konkursverfahren gehörige ist. Allein es wird sich diese Ansicht nicht halten lassen. Unter die Fälle, in denen dem Konkursrichter eine Art von Disciplinargewalt eingeräumt wird und welche in §§. 76, 93 und 98 der KO. spezifizirt sind, gehört der in Frage stehende nicht; seinen Inhalt bildet die Verfolgung eines gesetzlich eingeräumten Rechtes und für solche Rechtsbetreibung ist die allgemeine Regel über Zuständigkeit maßgebend. Ohnehin würde, falls der Gegenstand z. B. an einem anderen Orte als im Bezirke des Konkursgerichtes sich befindet, die anomale Zuständigkeit des Konkursrichters gar nicht zweckmäßig sein.

Was sodann die Bemessung der sachlichen Zuständigkeit betrifft, so kann bei Berechnung des Werthes nicht der Werth der Sache in Betracht genommen werden; denn es handelt sich ja nicht (vgl. §. 6 des G.V.G.) um Aufgeben des Rechtes oder auch nur des Besitzes an der Sache, sondern um Vornahme einer für den Inhaber eigentlich „werthlosen" Maßregel. Ich glaube demnach, daß unter allen Umständen das betreffende Amtsgericht zuständig ist[8]).

---

7) Nachdem das Gemeine Recht — vgl. fr. 9 D. de pign. act. (13, 7) — die Pflicht des ostendere auf Seite des Pfandbesitzers gleichfalls kennt, so kann auf die Grundsätze desselben zurückgegriffen werden.

8) A. A. v Sarwey S. 625, welchem sich Stieglitz S. 483 anschließt. Ich gebe zu, daß wenn das Interesse an der Vorzeigung wirklich sofort mehr als 300 Mk. werth erscheinen würde, meine obige Aufstellung zweifelhaft wäre, glaube aber nicht, daß dies je der Fall sein wird. Denn der Werth der Sache kommt hiebei nicht in Betracht. „Die actio ad exhibendum fällt nicht unter §. 6 der R.-Civ.-Pr.-O." Vgl. Seuffert, Kommentar zur Civ.-Pr.-O. S. 8.

§. 111.

Postsendungen und Depeschen.

Die Post- und Telegraphenanstalten [a]) sind verpflichtet [b]), auf Anordnung des Konkursgerichtes [c]) alle für den Gemeinschuldner eingehenden [d]) Sendungen [e]), Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen. Dieser ist zur Eröffnung derselben berechtigt [f]). Der Gemeinschuldner kann die Einsicht [g]) und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft [h]), die Herausgabe derselben [i]) verlangen.

Das Gericht kann die Anordnung auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters aufheben oder beschränken [k]).

I. E. §. 119; II. E. §. 111; Pr. H. E. Art. 808, 803; Pr. KO. §. 149, 152 Nr. 3; B. Pr. O. Art. 1241.

a. (Die Post- und Telegraphenanstalten).

Des Gesetz vom 28. Oktober 1871 über das Postwesen des Deutschen Reichs [1]) erklärt in §. 5 das Briefgeheimniß für unverletzlich. Dasselbe hat jedoch vorbehalten, Ausnahmen von dieser Unverletzlichkeit in strafgerichtlichen [2]), civilprozessualischen [3]) und Konkurs-Fällen im Wege der Reichsgesetzgebung festzustellen. Sonach ist die im vorstehenden Paragraphen getroffene Bestimmung rechtlich zulässig; daß sie praktisch zweckmäßig ist, versteht sich von selbst [4]).

Unter „Postanstalten", „Telegraphenanstalten" sind diejenigen Behörden und Bediensteten verstanden, welche den unmittelbaren Verkehr mit dem Publikum vermitteln; die Posterpeditionen und ihre Filialen, die Telegraphenstationen u. s. w. [5]). Auf Eisenbahnen erstreckt sich die Bestimmung nicht; diese unterliegen lediglich dem offenen Arrest.

---

1) Reichsgesetzblatt Nr. Nr 42 S. 348.

2) Strafprozeßordnung §§. 99—101 (Reichsgesetzblatt Nr. 1277 S. 270).

3) Die Civilprozeßordnung enthält keine solchen Fälle.

4) Zusendungen durch die Eisenbahn, Dampfschiffe, Frachtfuhrleute u. s. w. fallen nicht unter §. 111 der KO. Aber nur deshalb, weil für sie ohnehin eine Zurückhaltungsbefugniß nicht besteht. Diese Anstalten sind schon nach §. 108 der KO zur Auslieferung aller für den Gemeinschuldner bestimmten Sendungen an den Verwalter verpflichtet. Vgl. Fitting §. 37 Note 6 u. E Petersen S. 366; v. Sarwey S. 626.

5) Nur diese sind verpflichtet, dem Verwalter die Briefe u. s. w. auszuhändigen; derselbe kann nicht etwa das Oberpostamt oder die General-

Das Dienstpersonal, welches von Seite dieser Behörden mit dem faktischen Vollzuge des Zustellungswesens betraut ist, fällt nicht unter das Gesetz. Der Verwalter kann also nicht dem Briefträger einen für den Gemeinschuldner bestimmten Brief wegnehmen; der Telegraphenbote darf nicht ohne Weiteres die Depesche an den Kridar in der Wohnung des Verwalters abgeben. Dagegen ist es nicht nur zulässig, sondern es wird der §. 111 wohl am einfachsten so vollzogen, daß die Post- und Telegraphenanstalten auf den bezüglichen Adressen die Bezeichnung des Konkursverwalters anfügen und daß die Bediensteten zur Bestellung an diesen letzteren angewiesen werden[6]).

Das Gesetz beschränkt die Bestimmung nicht auf die Anstalten des Wohnortes des Gemeinschuldners[7]); es ist daher zulässig, auch an anderen Orten die in §. 111 bezeichnete Anordnung ergehen zu lassen, wenn der Verwalter es für nöthig erachtet. Es wird dies z. B. bei Gemeinschuldnern, welche außerhalb ihres Wohnortes Besitzungen oder Etablissements haben, sogar dringend geboten erscheinen.

b. (sind verpflichtet).

Die genannten Anstalten sind durch das Gesetz verpflichtet; sie können sich hiegegen nicht auf das Dienstgeheimniß berufen. Es bedarf auch weder einer allgemeinen noch weniger einer speziellen Enthebung für jeden einzelnen Fall von der Amtspflicht; auch können die Anstalten den Vollzug nicht von einer Erlaubniß der Oberbehörden abhängig machen.

c. (auf Anordnung des Konkursgerichtes).

I. Die Post- und Telegraphenanstalten gehören nicht zu jenen Behörden, welchen nach §. 104 der KO. der Gerichtsschreiber beglaubigte Abschrift des Konkurseröffnungsbeschlusses mitzutheilen hat[8]). Sie sind also an und für sich nicht in der Lage, bei Gantmäßigkeit ihrer Adressaten

---

direktion darum angehen. Andererseits können aber die unteren Behörden auch nicht sich ablehnend verhalten und den Verwalter an die Oberbehörden verweisen.

6) Es steht aber auch nichts im Wege, daß die Briefe einfach mit mündlichem Auftrage den Dienern übergeben werden.

7) Petersen S. 366; v. Sarwey S. 626.

8) Allerdings führen auch die Post- und Telegraphenanstalten verschiedene „Register"; allein offenbar keine solchen, welche der § 104 im Sinne hat. Denn durch die Bezeichnung derselben als „ähnliche" ist deutlich erklärt, daß nur Register der Art und Beschaffenheit wie die Handels- und Genossenschaftsregister gemeint sein sollten. (Vgl. oben S. 222.) Allem Zweifel wird dies enthoben durch den Umstand, daß bei der Berathung

die an diese gelangenden Sendungen zurückzuhalten oder an den Verwalter abzugeben; sie wären aber hiezu auch nicht berechtigt, weil das Gesetz eine „Anordnung des Konkursgerichtes" voraussetzt. Man könnte nun diese „Anordnung" in dem offenen Arreste finden, da durch diesen nach §. 108 allen Personen ohne Unterschied aufgegeben ist, Nichts, was zur Konkursmasse gehört, an den Gemeinschuldner zu verabfolgen. Allein einmal möchte es zu bezweifeln sein, ob die Post- und Telegraphenanstalten „Personen" sind, andererseits aber sind Briefe (im engeren Sinne) und Depeschen keine vermögensrechtlichen Massebestandtheile [9]).

Die „Anordnung des Konkursgerichtes" muß also eine speziell hierauf gerichtete sein [10]); es muß das Konkursgericht die Verfügung erlassen, daß die für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen, Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen sind. Diese Anordnung kann aber und muß sogar in der Regel eine generelle sein; denn wenn das Gericht in jedem einzelnen Falle die Aushändigung verfügen sollte, so wäre die Maßnahme rein illusorisch.

II. Die Anordnung kann auf Antrag des Verwalters oder von Amtswegen erfolgen. Den Gemeinschuldner vorher zu hören ist nicht geboten [11]), kann indessen geschehen.

Die Anordnung kann schon sofort bei der Konkurseröffnung, sie kann aber auch später im Laufe des Verfahrens getroffen werden.

Es steht zwar im Ermessen des Richters [12]), ob er die Verfügung erlassen will oder nicht [13]), er wird aber nach meinem Dafürhalten in der Regel dem Antrage des Verwalters stattgeben [14]); Anlaß, dieselbe von

---

(K. Prt. S. 78) Abg. Ausfeld vorschlug, die Bekanntmachung an die Post- und Telegraphenanstalten ausdrücklich vorzuschreiben, daß aber dieser Vorschlag nicht angenommen wurde.

9) Vgl. Abth. I S. 57. Hinsichtlich der Geldbriefe und sonstigen Werthsendungen wird hingegen die Post wohl den Folgen des offenen Arrestes unterworfen sein.

10) Es genügt also nicht, daß das Konkursgericht der Post mittheilt: „Kaufmann A ist in Konkurs".

11) Dies ergibt sich argumento e contrario aus dem zweiten Alinea.

12) Reg.-Rath Hagens bei der Berathung (K. Prt. S. 80): „der Entwurf sieht von der obligatorischen Beschlagnahme ab."

13) Dieselbe kann auch zeitlich beschränkt erlassen werden. Ist eine solche Beschränkung nicht im Bescheide enthalten, so gilt derselbe für die Dauer des Konkurses, kann aber jederzeit vom Gerichte wieder aufgehoben werden.

14) Denn die Limitation der Bayr. Pr. O. Art. 1241 Alinea II: „wenn besondere Verhältnisse die Maßregel rechtfertigen" ist in der Konkursordnung

Amtswegen vorzukehren, wird durch besondere Verhältnisse (z. B. die Eigenthümlichkeit des vom Gemeinschuldner betriebenen Geschäftes, Verdacht betrügerischer Umtriebe u. s. w.)[15]) gegeben sein. Doch wird dies in der Regel nicht geschehen, sondern ein Antrag des Verwalters abgewartet werden[16]).

III. Wer hat die Anordnung der Post- oder Telegraphenanstalt mitzutheilen? Nach meiner Meinung das Gericht selbst; indessen wird nichts im Wege stehen, wenn das Gericht dem Verwalter einen vollziehbaren Beschluß ertheilt und dieser solchen der Post- oder Telegraphenanstalt vorzeigt.

Im Verordnungswege wird geregelt werden können, daß der Beschluß von Seite des Gerichtes dem Oberpostamte, der Generaldirektion u. s. w. mitzutheilen und die Anweisung an die Anstalten von diesen Oberbehörden zu erlassen ist.

IV. Der Bescheid, sei es daß derselbe auf Antrag oder von Amtswegen ergeht, ist dem Verwalter und dem Gemeinschuldner zuzustellen. Ueber die Frage, in wie weit hiewegen die sofortige Beschwerde zulässig sei, besteht Kontroverse. Ich bin der Meinung, daß gegen die Verhängung der Maßregel dem Gemeinschuldner, gegen die Abweisung des darauf gestellten Antrages dem Verwalter das Beschwerderecht nicht versagt sein könne[17]).

d. (alle für den Gemeinschuldner eingehenden).

Das Gesetz sagt nicht: „alle an den Gemeinschuldner adressirten"

---

nicht enthalten, und der Verwalter wird ohnehin nicht aus bloßer Neugierde sich die Mühe machen.

15) Wernz, Commentar S. 889.

16) Ebenso v. Wilmowski S. 367, während Hullmann S. 252 immer einen Antrag des Verwalters verlangt.

17) Mit mir stimmt überein v. Wilmowski S. 367. Dagegen will v. Sarwey S. 626 weder dem Gemeinschuldner gegen die Verfügung, noch dem Verwalter gegen die Unterlassung ein Beschwerderecht zugestehen. Fitting §. 37 Note 6 u. Petersen S. 367 erklären den Gemeinschuldner für berechtigt, sich gegen die Verhängung der Maßregel zu beschweren, die Unterlassung der Anordnung aber für unanfechtbar. Umgekehrt will Stieglitz S. 484 zwar dem Verwalter gegen die Abweisung, nicht aber dem Gemeinschuldner gegen die Verhängung das Beschwerderecht geben, weil diese auf Antrag des Gemeinschuldners jederzeit wieder abgeändert werden kann. Ich halte aber diesen Umweg (vorerst Antrag auf Zurücknahme der soeben erlassenen Verfügung, und wenn dieser Antrag, wie vorauszusehen, da sich der Richter wohl nicht ohne genügende Gründe dazu entschlossen hat, abgewiesen wird, Beschwerde) für unnöthig.

oder dergleichen, sondern es erstreckt seine Bestimmung weiter [18]). Wenn der Verwalter Anhaltspunkte dafür findet, daß der Gemeinschuldner unter fremder Adresse korrespondirt, daß er die für ihn bestimmten Depeschen an seine Frau oder einen Bekannten richten läßt, daß gewisse poste restante mit Chiffern einlaufende Sendungen für den Kridar bestimmt sind, so kann auf seinen Antrag das Gericht die Anordnung [19]) erlassen, daß solche Einläufe an den Verwalter abzugeben sind.

e. (Sendungen).

Die „Sendungen" müssen entweder selbst einen Werth haben oder deren Kenntniß muß dem Verwalter für das Konkursverfahren von Werth sein, sonst fallen sie nicht unter den §. 111. Wenn (was hoffentlich nicht eintreten wird) unser berühmter Baritonist in Konkurs käme und eine seiner vielen Verehrerinnen würde ihm aus der Sommerfrische ein Bouquet Alpenrosen durch die Post schicken, so kann sich nicht der Konkursverwalter dasselbe aushändigen lassen. Da indessen die Postsendungen in der Regel verpackt ankommen und die Inhaltsangabe nicht zuverlässig ist, so wird der Verwalter sich nicht verwehren lassen, auch scheinbar unschuldige Sendungen in Empfang zu nehmen. Gehören dieselben nicht zur Masse, so erhält ja der Gemeinschuldner sie ohnehin zurück [20]).

Wie steht es mit Zeitungen, welche der Gemeinschuldner abonnirt hatte? Sollten dieselben werthvoll sein [21]), so nimmt sie natürlich der Verwalter zur Masse. In der Regel aber haben ja diese Blätter keinen Werth, sondern werden nur gelesen. Hiezu scheint mir aber nicht der Verwalter berechtigt, und ich glaube daher, in der Regel dürfen Zeitungen, solange das Abonnement nach der Konkurseröffnung noch dauert, auch bei

---

18) Mit mir stimmt überein v. Sarwey S. 626. Dagegen beschränken Petersen S. 366 u. v. Wilmowski S. 367 die Vorschrift des Gesetzes auf die an den Gemeinschuldner selbst adressirten Sendungen. Damit wäre aber praktisch die ganze Bestimmung werthlos Eine Anfrage bei verschiedenen Konkursverwaltern ergab, daß denselben bisher nur Fälle vorgekommen sind, wo zum Schein die Ehefrau als Adressatin figurirte, daß aber solche Briefe der Verwalter stets zu Händen nahm.

19) Es versteht sich, daß gegen solche Anordnungen auch der Dritte das Beschwerderecht hat.

20) Verheimlichung von Sendungen, welche nicht die Masse betreffen, macht den Verwalter haftbar. K. Prot. S. 80.

21) An sich, wie z. B. Hirth's Formenschatz der Renaissance, wo jedes einzelne Heft verkäuflich ist, oder auch um die zu der Masse gezogenen Exemplare zu vervollständigen.

einer im Sinne des §. 111 ergangenen richterlichen Anordnung, Seitens der Post noch an den Gemeinschuldner verabfolgt werden[22]).

f. (zur Eröffnung derselben berechtigt).

Aber nicht verpflichtet; das Gesetz will dem Verwalter die Möglichkeit lassen, die an sich harte Maßregel vernünftig und dadurch erträglich zu vollziehen. Wenn in dem vorigen Beispiel ein wohlriechendes Billet auf Rosenpapier von Damenhand adressirt an den verganteten Sänger kommt, so wird es ein anständiger Verwalter (wenn auch mit Neid) uneröffnet lassen. Und wenn der Gemeinschuldner seinen Sohn in Feldkirch zum Kavalier erziehen läßt, so wird der Verwalter einen durch Knabenschrift kenntlichen Brief mit diesem Poststempel auch nicht lesen.

Hienach ist denn auch zu entscheiden, wer etwaige Einschreibsendungen zu quittiren hat; in der Regel der Verwalter; nimmt er aber die Sendung nicht an sich, sondern überläßt sie dem Gemeinschuldner, so hat dieser zu bescheinigen.

g. (kann die Einsicht).

Die Bestimmung des Gesetzes ist nicht dahin auszulegen, daß der Verwalter die Eröffnung nur im Beisein des Gemeinschuldners vornehmen dürfte[23]); er ist vielmehr vollkommen berechtigt allein zu handeln und muß nur nachträglich und zwar nicht aus freien Stücken, sondern auf jedesmaliges Verlangen[24]) des Gemeinschuldners diesem die Einsicht gegewähren. Eine Frist ist hiefür nicht vorgeschrieben; die Einsicht muß also sofort gestattet werden. Indessen hat sich der Gemeinschuldner nach den sonstigen Geschäften des Verwalters zu richten und muß die üblichen Stunden einhalten. Aus dem Rechte des Gemeinschuldners auf Einsicht folgt die Verpflichtung des Verwalters, den Eingang aller Briefe, Sendungen und Depeschen dem Gemeinschuldner mitzutheilen. Doch ist er nicht gehalten, dies durch Nachrichtgeben zu thun, sondern der Kridar muß sich erkundigen. Am zweckmäßigsten wird sich die Sache gestalten, wenn zwischen Verwalter und Gemeinschuldner täglich einige Stunden verabredet werden, in welchen die Korrespondenz gemeinschaftlich geprüft wird[25]).

---

22) Der Sicherheit halber benimmt sich hierüber die Postanstalt mit dem Verwalter.

23) Verschiedene Anträge, welche dies bezwecken wollten, wurden bei der Berathung abgelehnt; vgl. K. Prt. S. 80 ff.

24) Dieses Verlangen muß ein spezielles sein; der Gemeinschuldner kann den Verwalter nicht etwa durch eine Erklärung: „ich verlange ein für allemal die Einsicht aller Briefe" befassen.

25) Vgl. die Aeußerung des Reg.-Rath Hagens a. a. O.

h. (wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft).

Die Herausgabe kann natürlich noch weniger verlangt werden, wenn die Sendung selbst ein Massatheil ist; z. B. der Gemeinschuldner hat für seine Frau in Lyon Seidenstoff bestellt, welcher mit der Fahrpost ankommt, u. dgl.

i. (die Herausgabe derselben).

Wo der Verwalter die Herausgabe nicht zulässig findet und auf Anrufen das Gericht dem Verwalter zustimmt, kann der Gemeinschuldner wenigstens Kopie nehmen oder nehmen lassen[26]).

k. (aufheben oder beschränken).

Von dieser dem Gerichte eingeräumten Befugniß kann sowohl jederzeit im Laufe des Verfahrens, als auch — was die Beschränkung betrifft — schon gleich anfänglich Gebrauch gemacht werden. Die Anordnung kann also von vornherein nur auf Werthsendungen sich erstrecken[27]); ich halte es auch für zulässig, daß gewisse Orte (Poststempel) oder bestimmte Schriften (Adressen) ausgenommen werden[28]). Daß im Laufe des Verfahrens die Milderung auch vom Verwalter beantragt werden kann, versteht sich von selbst. Die Worte „auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters" schließen dies nicht aus, sondern sichern nur dem Verwalter das Recht, daß die Maßregel nicht ohne sein Wissen erfolgen kann. Seine Zustimmung ist zwar im Gesetze nicht gefordert, allein ohne dieselbe wird das Gericht in der Regel nicht auf den Antrag des Gemeinschuldners eingehen. Einfach von Amtswegen aber kann die einmal getroffene Anordnung nicht mehr geändert werden.

II. Wird im Laufe des Verfahrens die getroffene Maßregel aufgehoben, so steht hiegegen dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu. Gegen die Abweisung seines Antrages auf Aufhebung oder Beschränkung kann sich der Gemeinschuldner beschweren[29]).

---

26) Findet der Verwalter nicht rathsam, den Brief aus der Hand zu geben, so läßt er selbst eine Abschrift fertigen.

27) Wenn der Kridar gar keine Geschäftsverbindungen hat und keine Kollusion zu besorgen steht, wird dies sogar in der Regel genügen.

28) Eine solche Maßregel ist aber so beschwerlich für die Post, daß sie ohne sehr dringenden Anlaß nicht verfügt werden dürfte.

29) Auch hierüber besteht Kontroverse. v. Sarwey stimmt mir zu, ebenso Petersen und Stieglitz. Dagegen erklärt Fitting §. 37 Note 7 die Ablehnung des Antrages für unanfechtbar.

§. 112.

Siegelung Schließung der Bücher.

Der Verwalter kann[a]) zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen[b]) durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person[c]) siegeln lassen[d]).

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners[e]) sind durch den Gerichtsschreiber zu schließen[f]).

I. E. §. 121; II. E. §. 112; Pr. H. E. Art. 788, 792—795; Pr. KO. §§. 137, 141—143; B. Pr. O. Art. 1238—1240.

a. (kann).

Das Gesetz macht die Siegelung (Obsignation) nicht — wie fast alle übrigen Legislationen[1]) — obligatorisch; der Verwalter hat nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob er siegeln lassen solle oder nicht. Bei geringfügigen Massen[2]), wenn die Handels- oder Geschäftsbücher ordentlich geführt sind, oder aus der letzten Zeit Inventare und Inventuren vorliegen, wenn Gefahr der Verschleppung nicht besteht, und in ähnlichen Fällen wird die Siegelung unnöthig sein. Im Allgemeinen aber wird der Verwalter „im eigenen Interesse, um durch urkundliche Feststellung der in seine Verwaltung gekommenen Sachen sich vor der Verantwortung gegenüber Gemeinschuldner und Gläubigern zu sichern“[3]), die Siegelung in der Regel nicht unterlassen.

Daß sie, wenn überhaupt, sofort[4]) und nicht erst „wenn die Kuh aus dem Stall ist“ (sagt Kreittmayr) zu geschehen hat, ergibt sich aus der Natur der Sache.

b. (der zur Konkursmasse gehörigen Sachen).

I. Was nicht zur Masse gehört, bleibt von der Siegelung ausgeschlossen, ebenso dasjenige, was keinen vermögensrechtlichen Werth[5]) und

---

1) Dieselben sind zitirt in den Motiven zum II. E. (S. 343), woselbst auch die Gründe für die (nach der Gesetzgebung der Hansestädte) adoptirte freie Bewegung des Verwalters in dieser Richtung erörtert werden. Zur Auslegung und Anwendung des § 112 bieten diese Ausführungen kein Material, weshalb ich sie übergehe.

2) B. P. O. v. 1869 Art. 1238 Alinea 4.

3) Motive.

4) Nach der Pr. Instr. „womöglich noch am Tage der Konkurseröffnung.“

5) Vgl. Abth. I S. 55.

auch nicht auf das Vermögen Bezug[6]) hat. Indessen wird man (vgl. oben S. 231) nicht leicht und ohne vollgültigen Beweis Sachen, welche der Schuldner in Händen hat, außerhalb der Sperre lassen; es mag den Berechtigten überlassen bleiben, ihre Aussonderungsrechte nachträglich geltend zu machen, und es erscheint, da hiedurch natürlich kein Präjudiz geschaffen wird, immerhin rathsamer, zu viel zu thun als zu wenig. Eine schwierige und wichtige Frage insbesondere ist es, wie es mit den „Depots“ zu halten ist[7]). Meiner Meinung nach wird der Verwalter gut thun, diese vorerst sämmtlich siegeln zu lassen; die Verantwortung für ihn, so ohne Weiteres und auf den ersten Anblick hin, über das Bestehen eines Aussonderungsanspruches zu entscheiden, ist zu groß.

II. Nachdem der Verwalter gesetzlich befugt ist, die Siegelung überhaupt zu unterlassen, kann ihm natürlich auch nicht verwehrt sein, dieselbe in beschränktem Umfange vorzunehmen. „Das Recht, im Falle einer Siegelung von derselben einzelne Sachen auszuschließen, braucht also nicht besonders ausgesprochen zu werden“[8]); ebenso ist es nicht nothwendig gewesen, zu bestimmen, daß z. B. im Wohnhause des Gemeinschuldners nicht gesiegelt wird, wohl aber dessen Lagerräume oder Geschäfts-Etablissement[9]).

c. (durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person).

Der I. E. hatte in §. 126 bestimmt, daß ein Gerichtsvollzieher die Siegelung vorzunehmen habe. Diese Beschränkung hat das Gesetz fallen gelassen und es kann daher Jedermann siegeln, wer überhaupt eine mit fides publica versehene Obsignation vorzunehmen nach der Landesgesetzgebung ermächtigt ist[10]).

---

6) Die Korrespondenz kann in dieser Beziehung von großem Interesse sein, wenn sie auch als Papier keinen Geldwerth besitzt. Diese ist also allerdings — wenn sie nicht sofort weggenommen werden kann — unter Umständen durch Siegelung sicher zu stellen.

7) Namentlich bei Geschäftsleuten wird man in den feuerfesten Schränken Packete finden, welche ihnen von Bekannten und Verwandten der Sicherheit halber in Verschluß gegeben sind. Dieselben pflegen durch irgend eine Aufschrift als fremdes Eigenthum sich zu erkennen zu geben. Vgl. über die materielle Seite dieses Verhältnisses die Erörterungen zu §. 35 der KO.

8) Motive. Hierüber wird unter lit. d näher zu sprechen zu sein.

9) Es heißt deshalb nicht „die“, sondern „der“. Vgl. K. Prt. S. 80 u. 81.

10) Nach dem Bayerischen Ausführungsgesetze zum Gerichtsverf.-Ges. vom 23. Februar 1879 Art. 66 können Gerichtsvollzieher vom Verwalter und vom Gerichte, die Gerichtsschreiber bei dem (zuständigen) Amts-

d. (siegeln zu lassen).

I. Dies hat natürlich nur dann effektiv zu geschehen, wenn nicht schon vorher die Versiegelung als Sicherheitsmaßregel (§. 98 der KO.) oder aus sonstigen Gründen, z. B. bei einem Konkurse über einen Nachlaß bereits beim Todesfalle, stattgefunden hatte. In solchem Falle braucht sie nicht wiederholt zu werden[11]), sondern es genügt, wenn sich derselben angeschlossen, das heißt solche nunmehr als für die Masse geschehen konstatirt wird.

II. Ueber die Form, in welcher die Siegelung vorzunehmen und wie dieselbe zu beurkunden ist, gibt das Gesetz keine Direktive. Aus dem Wortlaute des vorstehenden Paragraphen aber geht hervor, daß nicht die Sachen zu siegeln sind[12]), sondern daß die Siegelung nur in einer Weise zu geschehen hat, welche zur Sicherung der Sachen genügt.

Nachstehendes wäre etwa im Einzelnen zu beachten[13]):

A. Der Verwalter begibt sich mit der zur Siegelung berechtigten Person in die Wohnung, das Geschäftslokal, Etablissement u. s. w. und beginnt — womöglich unter Zuziehung des Gemeinschuldners, in seiner Abwesenheit in Gegenwart sonstiger Hausgenossen oder der Dienstboten — damit, sich vorerst eine allgemeine Uebersicht der Lokalitäten, der inneren Einrichtung der Gelasse und der äußerlichen Beschaffenheit der zur Verwahrung der Vermögensstücke bestimmten oder zu verwendenden Behältnisse zu verschaffen. Sodann werden sämmtliche — nicht etwa (wo-

---

gerichte nur vom Gerichte zur Siegelung und Entsiegelung beauftragt werden. Notare werden in Bayern zur Siegelung nicht gewählt. Nach dem Preußischen Ausführungsgesetze Art. 70 u. 76 siegeln Notare, Gerichtsvollzieher und Gerichtsschreiber; in Hessen u. Elsaß-Lothringen wie in Bayern; in Württemberg sind in Art. 6 des Ausf.-Ges. zur KO. zur Siegelung auch die Mitglieder des Gemeinderathes oder der Rathschreiber zuständig.

11) Wernz, Kommentar S. 889.

12) Dies war von Dr. Goldschmidt beantragt worden, wurde aber abgelehnt. (K. Prt. S. 84.)

13) Ich halte nicht für überflüssig, dieses Detail, von welchem Vieles selbstverständlich erscheint, zu geben, weil in Zukunft der Verwalter häufig ein in gerichtlichen Geschäften unerfahrener Laie sein wird, welchem irgend eine Handhabe erwünscht sein dürfte. Hiebei folge ich zumeist Puchta's trefflichem „Handbuche des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (Erlangen bei Palm und Enke 1832).

von später) außer Verschluß zu lassende — Gegenstände in die geeigneten Behältnisse, als da sind: Schränke, Kommoden, Koffer, Kisten u. s. w., verbracht, und diese versperrt. Soweit thunlich, schafft man hienach die leicht von der Stelle zu bringenden Behältnisse [14]) und jedenfalls alles frei Herumstehende, als Möbel, Betten und Geräthschaften, in ein oder mehrere gut verschließbare Zimmer, Kammern oder, wenn nicht anders thunlich [15]), auf den Speicher [16]). Die Zugänge hiezu werden bis auf einen von innen versperrt [17]), dieser letztere dann von außen zugesperrt und sodann mittelst fest angelegter Papierstreifen [18]) versiegelt [19]).

Wo ein solches Zusammenbringen in verschließbare Räume nicht thunlich ist, werden die Behältnisse selbst, die Schränke, Kommoden u. s. w. versiegelt, wobei man dieselben nöthigenfalls durch übergezogene Schnüre am Boden oder an der Wand befestigt, und diese Schnüre daran ansiegelt.

Die also versiegelte Masse pflegt man einer im Hause wohnenden Person zu besonderer Aufsicht zu übergeben und dieser die Schlüssel (versiegelt) auszuhändigen, um davon im Nothfalle (z. B. bei entstehendem Brande) Gebrauch zu machen. Die in einer nur theilweise versiegelten Wohnung zurückbleibenden Personen werden für die Unverletztheit der

---

14) Der leichteren Beweglichkeit halber kann man natürlich auch die leeren Schränke, Koffer u. s. w. in die ausgewählten Räume schaffen und dort erst anfüllen; nur muß man in diesem Falle mehr Vorsicht anwenden, daß nichts beschädigt wird oder unterwegs verschwindet.

15) Z. B. wenn die Wohnung sofort vermiethet werden soll.

16) Hat der Speicher keine verschließbaren und vor Einbruch sichern Räume, so kann man ihn höchstens, wenn derselbe selbst abgeschlossen und versiegelt werden kann, benützen. Muß im entgegengesetzten Falle die Lokalität frei gemacht werden, so bleibt nichts übrig, als die Effekten in ein anderes gemiethetes Lokal zu schaffen.

17) Will man besonders vorsichtig sein, so versiegelt man die Thüren und Fenster, — diese, nachdem man zuvor die Läden geschlossen hat, — auch von innen.

18) Diese Papierstreifen müssen, damit sie nicht zu leicht reißen, aus mehrfach übereinandergelegtem Papier bestehen und man muß trachten, sie quer über die Schlüssellöcher zu ziehen.

19) Diese Versiegelung bewirkt man am besten mit Wachs, weil das aufgebrannte Siegellack leicht Beschädigungen veranlaßt.

Siegel verantwortlich gemacht und ihnen die Folgen [20]) etwaiger Zuwiderhandlung [21]) eingeschärft.

B. Von der Versiegelung beziehungsweise der Unterbringung in versiegelte Räume sind ausgeschlossen und bleiben außer Sperre:

I. alle Sachen, welche ihrer Natur nach ein längeres Absperren nicht vertragen, insbesondere lebendige Thiere [22]); ferner Gegenstände, welche einen sehr großen Raum einnehmen, z. B. Vorräthe an Holz, Stroh, Heu u. s. w. [23]); endlich Sachen, deren schleunige Veräußerung erfolgen muß, weil sie raschem Verderben oder schneller Entwerthung ausgesetzt oder unverhältnißmäßig kostspielig aufzubewahren sind [24]).

II. Objekte von großem Werthe, Pretiosen und Kostbarkeiten, ferner baares Geld und Werthpapiere pflegt man nicht zu versiegeln, sondern in anderer Weise [25]) in Sicherheit zu bringen.

III. Die nöthigen Kleidungsstücke und Hausgeräthschaften, welche von der Zwangsvollstreckung ausgenommen sind [26]), bleiben schon deshalb außer Siegelung, weil diese sich nur auf die Bestandtheile der Masse zu erstrecken hat. Allein auch außerdem läßt mit Recht der Verwalter in Anwendung des §. 118 Abs. 1 der KO. alles das unversperrt, was zur Fortführung des Haushaltes nothwendig ist, wobei ein billiges Ermessen das Maß zu geben hat.

IV. Wird das Geschäft des Gemeinschuldners nicht geschlossen, so bleibt selbstverständlich Alles außer Siegelung, was zur Fortführung des-

---

20) RStGB. §. 136: „Wer unbefugt ein amtliches Siegel, welches von einer Behörde oder einem Beamten angelegt ist, um Sachen zu verschließen, zu bezeichnen oder in Beschlag zu nehmen, vorsätzlich erbricht, ablöst oder beschädigt, oder den durch ein solches Siegel bewirkten amtlichen Verschluß aufhebt, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft". Die nach §. 112 der KO. gesetzlich als zum Versiegeln ermächtigt erklärten Personen werden — auch wenn sie Privatpersonen sind — für „Beamte" im Sinne des §. 136 des RStGB. zu erachten sein.

21) Zufällige Beschädigungen sind sofort zur Anzeige zu bringen.

22) Diese werden verzeichnet (abgeschätzt) und irgend einer zuverlässigen Person in Pflege und Obhut gegeben.

23) Für deren Sicherung läßt sich in anderer Weise sorgen, indem man sie in Bausch und Bogen anschlägt und zur Aufsicht übergibt.

24) Diese kann nach §. 121 Nr. 1 der KO. der Verwalter sofort veräußern und soll es daher auch thun.

25) Deponirung auf einer Bank u. dgl.

26) Vgl. Abth. I S. 53 ff. und auch die Erörterungen zu §. 35.

selben gehört. Indessen kann immerhin eine summarische Aufzeichnung vorgenommen werden [27]).

V. Die Handelsbücher, Geschäftsbücher, die Korrespondenz und etwaige zur Uebersicht über den Vermögensstand dienenden Aufzeichnungen bleiben natürlich auch unversiegelt. Diese nimmt der Verwalter zu sich, was er auch — wenn er die Verantwortung tragen will — hinsichtlich der in Nr. II bezeichneten Objekte thun kann, wobei jedoch die Vorschrift des §. 118 der KO. zu beachten ist.

C. Ueber die Vornahme der Versiegelung ist eine Aufzeichnung zu verfertigen [28]). Hierin sind zu bemerken: diejenige Person, welche die Siegelung vorgenommen hat, die dabei Anwesenden und deren allenfallsige Erklärungen, die versiegelten Zimmer und Behältnisse, die Zahl der angelegten Siegel, die außer Sperre gebliebenen Stücke, wem die Aufsicht und die Schlüssel anvertraut wurden, und sonstige Bemerkungen. Schließlich unterzeichnen die Anwesenden.

Die Siegelung ist mit dem Siegel zu bethätigen, welches der „gesetzlich ermächtigten Person" des §. 112 zusteht. Dem Verwalter und wohl auch dem Gemeinschuldner muß gestattet sein, ihr Petschaft gleichfalls beizudrücken.

e. (die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners).

Zu den „Geschäftsbüchern" gehören vor Allem die Handelsbücher und zwar sowohl die „Tagebücher" wie die „Hauptbücher" in ihren verschiedenen Formen [29]). Es gehören aber hieher auch alle anderen zu Einträgen in systematischer oder fortlaufender Reihenfolge bestimmten Bücher und Hefte des Gemeinschuldners, sofern er Nicht-Kaufmann ist. Natürlich ist bei der im vorstehenden Paragraphen angeordneten Maßregel das praktische Bedürfniß in das Auge zu fassen. Die vom Gemeinschuldner gehaltenen Lieferungsbücher der Kunden, z. B. das sogenannte „Bierbüchel" (die fortlaufende Aufzeichnung der vom Bräuer an den Wirth gelieferten

---

27) Ist die Schließung des Geschäftes angeordnet, so werden die Vorräthe, Waaren u. s. w., sowie die Utensilien allerdings versiegelt. Hiebei bleiben aber (vgl Pr.KO. §. 143 Ziff. 3) außer Verschluß: „die Handelspapiere, wenn sie auf kurze Verfallzeit gestellt sind, oder wenn sie des Accepts bedürfen, oder wenn in Betreff derselben Sicherungsmaßregeln ergriffen werden müssen."

28) Dies ergibt sich aus der Vorschrift des §. 114 der KO., daß die Protokolle über Versiegelung und Entsiegelung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sind.

29) Vgl hierüber meinen Kommentar zum A. D. HGB. Bd. I S. 227 ff.

Bierfuhren) sind allerdings „Geschäftsbücher" und wenn etwas in concreto darauf ankommt, können sie nach §. 112 Abs. 2 behandelt werden; aber in der Regel und im Allgemeinen wird man den Gerichtsschreiber nicht mit Abschließung solcher untergeordneter Geschäftsbücher zu behelligen brauchen.

f. (zu schließen).

Wie die Motive bemerken, soll diese Schließung der Bücher nicht ein Bücherabschluß im technischen Sinne sein; vielmehr soll die Maßregel nur verhindern, daß nachträglich noch Einschreibungen oder Veränderungen vorgenommen werden. Es genügt also eine Vormerkung am Ende der bisher benutzten Blätter, wobei zugleich der Zustand der Bücher beschrieben und im Allgemeinen etwa auffallende Erscheinungen konstatirt werden [30]).

---

§. 113.

Aufzeichnung der Masse.

Der Verwalter hat[a]) die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Werths[b]) aufzuzeichnen[c]). Der Werth ist erforderlichen Falls[d]) durch Sachverständige[e]) zu ermitteln. Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen[f]). Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist[g]).

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren, kann das Gericht gestatten[h]), daß die Aufzeichnung unterbleibe[i]) oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde.

I. E. § 123 Abs. 1; II. E. §. 113; Pr. H. E. Art. 803 Abs. 1; Pr. KO. §§. 152 Nr. 1, 153 u. 154, 301, 335; B. Pr. O. Art. 1247.

a. (Der Verwalter hat).

Die Aufzeichnung der einzelnen Bestandtheile der Masse und ihre

---

30) Ein Antrag Dr. Goldschmidt's (K. Prt. S. 83), dem §. 112 als Abs. 3 die Bestimmung beizufügen: „Der äußere Zustand der Geschäftsbücher ist vom Gerichtsschreiber festzustellen", wurde vom Reg.-Rath Hagens bekämpft, „weil es sich nicht empfehle, die Feststellung des äußeren Zustandes der Bücher stets obligatorisch zu machen", und darauf hin abgelehnt.

Werthsermittlung steht nicht im Belieben oder im Ermessen des Verwalters. Diese Maßregel muß vielmehr (in der Regel) vorgenommen werden und zwar ohne Unterschied, ob eine Siegelung vorausgegangen ist oder nicht. War Ersteres der Fall, so geht die Entsiegelung schrittweise mit der Aufzeichnung vor sich.

Diese Entsiegelung hat in derselben Weise zu erfolgen, wie seinerzeit die Versiegelung; die bei letzterer anwesend gewesenen Personen sind wieder zuzuziehen, und wenn dieses nicht möglich ist, muß in anderer Weise festgestellt werden, daß die angelegten Siegel unverletzt waren. Auch über den Entsiegelungs-Akt ist eine schriftliche Notiz mindestens Seitens des Verwalters zu verfassen.

b. (unter Angabe ihres Werthes).

Wenn dies nicht vom Gerichte erlassen wird, vgl. lit. b.

c. (aufzuzeichnen).

Die Aufzeichnung soll nicht eine summarische, sondern eine „umfassende" [1]) sein; es genügt daher nicht, wenn z. B. nur verzeichnet würde: „Tisch- und Bettwäsche". Andererseits ist nicht jedes einzelne Stück speziell zu beschreiben, sondern man kann etwa aufschreiben: „zehn Oelgemälde, theils in goldenen und theils in schwarzen Rahmen" [2]) und dergleichen.

d. (erforderlichen Falls).

„Zur Werthsangabe ist eine Abschätzung der Sachen keineswegs immer geboten; es muß dem Verwalter hierin freie Hand gelassen werden. Steht eine sofortige Versteigerung oder ein Verkauf zum Markt- oder Börsenpreise oder im Fortbetriebe des Geschäftes ohnehin bevor, so würde eine zeitraubende und kostspielige Abschätzung nur nutzlos und hindernd sein." (Nach den Motiven).

e. (Sachverständige).

Der Verwalter ist in der Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen nicht beschränkt; er kann einen oder mehrere, er kann amtlich aufgestellte oder Privatpersonen nehmen.

Ob die Sachverständigen zu beeidigen, bezw. wenn dieselben schon früher ein für allemal als Sachverständige beeidigt wurden, auf diesen Eid hinzuweisen sind, und von wem, ist im Gesetzestexte nicht ausgesprochen. Es wurde bereits oben [3]) erörtert, daß eine Beeidigung der-

---

1) Motive.

2) Ist freilich darunter ein wirkliches werthvolles Kunstwerk, so wird es besonders verzeichnet.

3) S. 32 ff.

selben überhaupt nicht nothwendig ist, weil nach Abs. 3 des §. 113 auf Antrag des Verwalters und bezw. des Gläubigerausschusses die Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson zur Aufzeichnung auch gänzlich unterbleiben kann, in welchem Fall ohnehin eine Beeidigung der Sachverständigen nicht möglich wäre. Läßt aber das Gesetz die Aufzeichnung ohne Möglichkeit der Beeidigung der Sachverständigen überhaupt zu, so ergibt sich hieraus, daß dasselbe die Beeidigung der Sachverständigen bei der Aufzeichnung der Konkursmasse überhaupt nicht für nothwendig erachtet; es ist solche in der That auch nicht nothwendig, indem man doch annehmen muß, daß der Konkursverwalter nur solche Personen als Sachverständige beiziehen wird, welche hiezu tüchtig und verlässig sind und daher keiner Beeidigung bedürfen.

f. (eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen).

I. Der Ausdruck „zuzuziehen" ist hier in einem anderen Sinne gebraucht, als in dem sofort folgenden Satze: „Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen." Während nemlich in diesem letzteren Falle der Gemeinschuldner der Handlung natürlich nur beizuwohnen hat, muß sie in ersterem von der beigezogenen Person selbst vorgenommen werden. Denn der Zweck der Zuziehung der obrigkeitlichen oder Urkundsperson ist, wie die Motive ausdrücklich bemerken, die Errichtung einer öffentlichen Urkunde über die Aufzeichnung. Nachdem indessen der obige Ausdruck gewählt wurde, muß man annehmen, daß das Gesetz es für genügend ansieht, wenn die eigentliche Verzeichnung der Gegenstände vom Verwalter selbst gemacht wird und nur, daß dies geschehen, öffentlich beurkundet wird.

II. Bei den Berathungen wurde im Einverständniß mit den Regierungsvertretern und der Kommission[4]) von dem Vorsitzenden (Dr. v. Sarwey) konstatirt: „daß die nähere Bestimmung des Begriffes: „obrigkeitliche oder Urkundsperson" den Landesjustizverwaltungen beziehungsweise den Landesgesetzgebungen überlassen bleibe[5]). Soweit dies nicht geschieht, werden nach dem Zwecke der Vorschrift (Errichtung einer öffentlichen Urkunde) vor Allem die Gerichtsschreiber und Notare als hiezu berufen erscheinen; ein Gerichtsvollzieher genügt allenfalls auch. Dem Konkursrichter dagegen kann man die fragliche Thätigkeit nicht zumuthen.

---

4) K. Prt. S. 84.

5) Nach Art. 63 u. 66 des Ausf.-Gesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze sind in Bayern die Gerichtsvollzieher und (mit Ausnahme der Pfalz) die Gerichtsschreiber als Urkundspersonen zugelassen; ebenso in Preußen.

g. (wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist).

Die Grenze für den Eintritt eines „Aufschubs“ ist die Vereitelung des Zweckes. Es ist also nicht so zu verfahren, daß der Verwalter Alles anordnet, dann, wenn der Akt beginnen soll, den Gemeinschuldner rufen läßt und, wenn dieser nicht sofort zur Stelle ist, erklärt: „ich müßte die Vornahme der Aufzeichnung aufschieben, also brauche ich auf den Schuldner nicht zu warten.“ Vielmehr muß er rechtzeitig den Gemeinschuldner in Kenntniß setzen, er muß sogar, wenn dieser sagt: „morgen kann ich aus diesen und jenen Gründen nicht, aber übermorgen,“ sich akkommodiren. Wäre aber der Kridar abwesend oder krank, oder würde er chikaniren, so muß der Verwalter nicht abwarten, bis der Schuldner kommen kann oder will, und ist der Gemeinschuldner vorher verständigt, wenn die Aufzeichnung geschehen soll, erscheint aber nicht zu rechter Zeit, so braucht der Verwalter sich nicht aufhalten zu lassen.

h. (kann das Gericht gestatten).

Gegen die Abweisung des Antrages findet Beschwerde statt[6]). Bei dem Interesse, welches möglicherweise der Gemeinschuldner an der Aufzeichnung haben kann, wird wohl gegen die Verfügung auf Unterlassung der Aufzeichnung dem Gemeinschuldner das Beschwerderecht nicht zu versagen sein. (Theoretisch, denn praktisch wird kaum jemals der Gemeinschuldner hiegegen sich beschweren.)

i. (daß die Aufzeichnung unterbleibe).

Bei der Berathung[7]) erklärte Reg.-Rath Hagens: „wenn in Abs. 2 des §. 113 dem Gericht die Befugniß gegeben werde, die Aufzeichnung der zur Masse gehörigen Gegenstände zu erlassen, so folge daraus als das minus, daß das Gericht zwar die Aufzeichnung der zur Masse gehörigen Gegenstände für nöthig erklären, aber geeigneten Falls dem Verwalter die Angabe ihres Werthes erlassen könne.“ Aus demselben Grunde muß es dem Gericht offenbar auch freistehen, eine lediglich summarische Aufzeichnung zu gestatten.

---

6) K. Prt. S. 84.

7) Fitting §. 37 Note 11 hält die Abweisung für unanfechtbar.

Art. 114.

Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz.

Dem Verwalter liegt die Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz[a]) ob. Derselbe hat eine von ihm gezeichnete Abschrift[b]) des Inventars und der Bilanz und, wenn eine Siegelung und Entsiegelung stattgefunden hat, die Protokolle über dieselben auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten[c]) niederzulegen.

I. E. §. 123 Abs. 2; II. E. §. 114; Pr. H. E. Art. 804; Pr. KO. §. 155; B. Pr. O. Art. 1247.

a. (eines Inventars und einer Bilanz).

I. Das hier erwähnte „Inventar" ist nicht zu verwechseln mit der in §. 113 erwähnten „Aufzeichnung" [1]). Die letztere hat blos die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Werthes zu enthalten, nicht auch die Aktivforderungen und Schulden; ihr Zweck ist, eine klare An- und Uebersicht des vorhandenen Mobiliarvermögens zu erhalten [2]). Das Inventar aber muß den gesammten Aktivbestand, also auch die Schulden enthalten, und die „Bilanz" besteht ihrem Wesen nach darin, daß die Aktiv- und Passiv-Summen in klarer Weise nebeneinander gestellt und die Differenz daraus gezogen wird. Da der vorstehende Paragraph keine nähere Bestimmung über die Form und Einrichtung des Inventars und der Bilanz enthält, so wird es wohl zweckmäßig sein, in diesen Punkten im Allgemeinen die Vorschriften der Art. 29—31 des a. d. HGB. [3]) in Anwendung zu bringen, zumal solche nicht blos für kaufmännische, sondern auch für nichtkaufmännische Inventare und Bilanzen passen.

Indessen werden, wie die Motive [4]) sagen, diese Vorschriften nicht immer genügen; vielmehr wird das Verhältniß der Aktiva zu den Passiven durch Heraushebung der einem Absonderungsrechte unterworfenen

---

1) Diese Aufzeichnung ist aber die Grundlage des Inventars, weshalb auch meines Erachtens der I. E. richtiger diese beiden Maßnahmen in einem gemeinsamen Paragraphen anordnete.

2) A. A. von Sarwey S. 630 u. Stieglitz S. 489, welche auch die „Aufzeichnung" für das Gesammtvermögen geboten erachten.

3) Vgl. meinen Kommentar hiezu Bd. I S. 237 ff.

4) zum I. E. S. 72; zum II E. S. 345 u. 346.

Vermögensstücke, der Massaschulden und der mit einem Absonderungsrecht und der mit einem Vorrecht versehenen Forderungen genauer aufzuklären sein; denn dies ist besonders für die Stellung der Konkursgläubiger zu einem etwaigen Akkordofferte von Bedeutung. Aus demselben Grunde empfiehlt sich die Angabe der Verfallzeit der einzelnen Schuldposten und bei Korrealverbindlichkeiten und wo Regreßrechte bestehen (namentlich bei Wechseln) die Bezeichnung der Mitverpflichteten und des Grundes ihrer Haftung [5]).

Hinsichtlich der Aussonderungsansprüche ist ein doppeltes Verfahren denkbar; entweder man behandelt die Objekte, welche zwar momentan sich in der Masse befinden, aber als nicht dazu gehörig vom Dritten beansprucht werden, als durchlaufende Posten, das heißt, man stellt sie unter den Aktivbestand, führt aber den Aussonderungsanspruch ebenso im „Soll" auf; oder aber man läßt sie überhaupt aus beiden Abtheilungen aus und trägt den Sachverhalt als „Bemerkung" am Schlusse des Inventars vor.

Eine besondere Beachtung erfordert bei der Inventarisaton das eheliche Güterverhältniß, weshalb wo möglich nicht blos der Gemeinschuldner selbst, sondern auch dessen Ehefrau zu dem Akte beizuziehen ist. Nicht nur müssen in dem Verzeichnisse der Schulden die von der Ehefrau beanspruchten Vermögensquoten einzeln aufgeführt, sondern es muß auch bemerkt werden, wenn eine Forderung sich nicht gegen den Gemeinschuldner allein richtet, sondern die Mithaftung der Frau in Anspruch genommen wird.

Da das Gesetz nicht vorschreibt, daß bei der Anfertigung des Inventars und der Bilanz ebenfalls, wie bei der in §. 113 erwähnten Aufzeichnung, eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson beizuziehen sei, wenn nicht das Gericht eine Ausnahme hievon auf Antrag des Verwalters oder des Gläubigerausschusses gestatte, so muß angenommen werden, daß dies nicht geboten erscheint [6]).

II. Das Inventar hat regelmäßig zwei Haupttheile, erstens: Aktiva, zweitens: Passiva. Jeder dieser Haupttheile wird zur Klassifizirung der Gegenstände in Titel eingetheilt, wovon jeder einzelne die Gegenstände von einer Gattung enthält [7]).

---

5) Das Preuß. Ges. v. 1869 zu §. 155 der Pr. KO. hatte dies bestimmt vorgeschrieben; das gegenwärtige Gesetz hat davon Umgang genommen, weil die Erfüllung dieser Vorschrift mitunter nicht thunlich ist

6) Indessen wird dies dem Verwalter nicht verboten sein.

7) Die Wahl und Anzahl dieser Titel ist willkürlich; die Pr. A.=Ger.=Ordg. (Bd. II S. 98) hat 20 Titel aufgestellt (der 21. enthält die Passiva);

Grundlage des Inventars bildet die in §. 113 der KO. erwähnte Aufzeichnung; sie ersetzt das sonst üblich gewesene sogenannte Inventarprotokoll[8]), aus welchem das eigentliche „Inventar“ zusammengestellt wurde. Die Aufzeichnung in dem Protokolle geschah (und so wird auch jetzt die „Aufzeichnung“ des Verwalters naturgemäß geschehen) nach dem momentanen Auffinden der Gegenstände[9]), während, wie erwähnt, das Inventar die Sachen von einerlei Art zusammenfaßt. Einer ganz genauen Detaillirung bedarf meines Erachtens das Inventar nicht[10]); es kann gewiß auf Hypothekenbuchs-Extrakte, auf Verzeichnisse, auf Kataloge u. s. w. verwiesen werden. Anderseits aber muß doch dasselbe nicht lediglich eine bloße Zusammenstellung von Pauschalsummen, nicht eine nur etwas erweiterte Bilanz enthalten, da der Zweck, Kenntnißnahme von dem Massabestand durch die Gläubiger, sonst nicht erreicht wird.

Am Schlusse wird das Inventar datirt; wenn es (wie in der Regel der Fall sein wird) aus mehreren Bögen besteht, werden diese zusammengeheftet und der Faden gesiegelt; sodann setzt der Verwalter seine Unterschrift bei:

Nachdem das Inventar auf der Passivseite nur die urkundliche Feststellung der Ansprüche in der Konkursmasse enthält, so versteht es sich von selbst, daß der Aufnahme eines solchen Anspruches Seitens des Verwalters in das Inventar keine Anerkennung desselben in sich schließt.

Da künftig die Inventarerrichtung Aufgabe der Verwalter ist und diese häufig nicht geübt in solcher Arbeit sein werden, halte ich es nicht für überflüssig, im Folgenden ein Beispiel zu geben.

Immobilien, Mobilien und Forderungen werden wohl stets getrennte Titel sein müssen; das baare Geld sollte auch besonders aufgeführt werden. Die Mobilien aber zertheilt man beliebig, man kann eigene Titel schaffen für: Juwelen, Uhren, Gemälde, Antiquitäten, Bücher, Kupferstiche, Musikalien, Gold- und Silbergeschirre, Möbel, Betten, Wäsche und Weißzeug, Kleider, Küchengeräthe, Musikinstrumente, dann Pferde, Wagen und Geschirre, Viehstand u. s. w. Doch wird man nur bei sehr umfassender Masse aller dieser Titel bedürfen.

8) Vgl. Pr. AGO Th. II Titel 5 §. 54.

9) Vgl. Pr AGO. a. a. O. § 47. „Die Aufzeichnung geschieht von Zimmer zu Zimmer.“

10) Vgl. Pr. AGO. a. a. O. §. 52: Häuser, Landgüter und andere unbewegliche Sachen brauchen nur nach ihrem Namen und ihrer allgemeinen Beschaffenheit eingetragen zu werden; die Plannummern aufzuführen ist unnöthig.

Inventar

in dem Konkurs über das Vermögen des Privatier **Schwindel** zu Schuldhausen errichtet den 1. März 1882.

A. Aktiva.

Nr.	Vortrag	Mk.	Pf.	Bemerkungen.
	Titel I. **An unbeweglichen Gütern und liegenden Gründen.**			
1	Das Haus Nr. 12 an der Pfefferstraße in Schuldhausen mit dazu gehörigem Hofraum und Hintergebäude laut hypothekenamtlicher Schätzung vom 12. Januar 1879	100,000	—	Belastet mit 96,000 Mk. vgl. B. I 1—4.
2	Die Wiese am Schuldthurm, Plann. 1079b, geschätzt am 12. Februar 1882 auf	2000	—	Hypothekenfrei.
	Summa I	102,000	—	
	Tit. II. **An ausstehenden Forderungen.**			
1	Hypothekkapital zu 7000 fl. s. W. auf dem Hause Nr. 3 an der Goldgrube, laut Schuld- und Hypothekenbrief des Peter Vischer d. d. 10. Mai 1870, zu 5% verzinslich u. zahlbar nach halbjähriger Kündigung	12,000		Diese Forderung ist laut Gerichtsbeschluß v. 1. Januar 1882 für Aron Levi gepfändet wegen 6000 Mk. vgl. B. II 1.
2	Rückständige Zinsen hieraus seit 1. Januar 1882	50	—	
3	Darlehensforderung an Baron von Strudelwitz laut Solawechsel d. d. 1. Oktober 1880	15,000	—	
4	Entschädigungsforderung wegen Körperverletzung an genannten Herrn Strudelwitz	950	—	Der desfallsige Prozeß schwebt im Beweisverfahren.
	Summa II	28,000	—	
	Titel III. **An Mobilien.**			
	A. An Juwelen und Kleinodien.			
1	Ein Brillantring laut Schätzung des Juwelier Opitz vom Gestrigen .	5000	—	Dieser Ring wird von der Ehefrau des Gemeinschuldners als Eigenthum beansprucht.
2	Ein goldener Pokal gewerthet auf .	10,000	—	

Nr.	Vortrag	Mk.	Pf.	Bemerkungen.
	B. An Uhren, Dosen und anderen solchen Stücken.			
3	Eine goldene Cylinderuhr geschätzt auf	300	—	
4	Eine silberne Repetiruhr " "	50	—	
	u. s. w.			
	C. An Möbeln und Hausgeräthen.			
5	Eine Salongarnitur von Mahagoni mit rothsammtenem Plüsch überzogen (Kanapee, 2 Lehnstühle und 10 Sessel)	500	—	Auf diese sämmtlichen Möbel macht der Hausherr Zins wegen rückständiger Miethe von 3000 Mark ein Retentionsrecht geltend.
6	Zwei vollständige Betten	300	—	
7	Sonstige Möbel und Geräthschaften laut angehefter Aufzeichnung .	3200	—	
	D. An Porzellan und Gläsern.			
8	Ein Service von Majolika für 12 Personen gewerthet auf	1000	—	
9	u. s. w.	2000	—	
	E. An Tischzeug und Bettwäsche.			
10	Ein Damastgedeck (2 Tischtücher und 24 Servietten)	200	—	
11	u. s. w.	2700	—	
	F. An Kleidern und Wäsche.			
12	Ein Pelzrock gewerthet auf . . .	250	—	
13	u. s. w.	1500	—	
	G. An Büchern und Musikalien.			Diese Bibliothek ist dem Simon Stechapfel für ein Darlehen von 7000 Mk. verpfändet.
14	Bibliothek laut beiliegendem Katalog des Antiquar Steyrer	8000	—	
	H. An Wagen und Geschirr.			
15	Ein Landauer geschätzt auf . . .	8000	—	
16	u. s. w.	10,000	—	
	Summe III	53,000	—	
	Titel IV. **An baarem Gelde.**			
1	Erlös aus einem Paar Wagenpferde laut Versteig.-Prot. v. 15. Feb. 1882	1800	—	
	Summe IV	1800	—	
	" III	53,000	—	
	" II	28,000	—	
	" I	102,000	—	
	Summe der Aktiva	184,800	—	

B. Passiva.

Nr.	Vortrag.	Mk.	Pf.	Bemerkungen.
	Titel I. An Hypothekschulden.			
1	Pfandbriefdarlehen der Hypotheken- u. Wechselbank laut Urkunde vom 12. Dezember 1876	50,000	—	
2	Rückständige privilegirte Zinsen hieraus seit 1. Juli 1881	1,250	—	
3	u. s. w.	24,750	—	
4	u. s. w.	20,000	—	
	Summe I	96,000		
	Titel II. Absonderungsberechtigte.			
1	Aron Levi, Darlehensforderung von 1560 Thaler, wofür nebst den erlaufenen Zinsen und Kosten laut Gerichtsbeschluß v. 1. Januar 1882 an dem unter A. Titel II Nr. 1 vorgetragenen Hypothekkapitale gepfändet wurde	6000	—	
2	Miethzinsforderung des Paul Zins für das verflossene und das laufende Jahr mit	3000	—	Vgl. A. Titel III C. Nr. 5—7.
3	Darlehensschuld an Simon Stechapfel zu 300 fl. laut Schuldschein vom 1. März 1870 und			Hiefür (Nr. 3 u. 4) ist die unter A Titel III G Nr. 14 verzeichnete Bibliothek verpfändet und im Besitze des Stechapfel befindlich.
4	Vertragsmäßige Strafe von 500 fl., wegen Nichteinhaltung des Zahlungstermines, vermöge notarieller Pfandbestellungsurkunde v. 1. Juli 1878	7000	—	
	Summe II	16,000		
	Titel III. Bevorrechtigte Gläubiger.			
	1. Klasse.			
1	Rückständiger Liedlohn der Köchin Babette Löffel für die Monate Juli—December 1881, monatlich 20 Mark	120	—	Vgl. Anmeldungstabelle Nr. 12.

Nr.	Vortrag.	Mk.	Pf.	Bemerkungen.
·	4. Klasse.			
2	Apothekerrechnung für das Jahr 1882	80	—	Vgl. Anmeldungstabelle Nr. 22.
	5. Klasse.			
3	Muttergut der Pauline Traurig laut Ehe- und Erbvertrag vom 1. Juli 1878	7000	—	Vgl. Anmeldungstabelle Nr. 14.
	Summe III	7200	—	
	Titel IV. **Uebrige Konkursforderungen.**			
1	Anton Abele, Darlehen	10,000	—	Vgl. Anmeldungstabelle Nr. 1—3.
2	Benno Büchele, Solawechsel . .	20,000	—	
3	Cuno Cünzele, Waarenschuld . .	9,800	—	
	u. s. w. u. s. w.	90,000	—	
	Summe IV	129,800	—	
	Titel V. **Massaschulden.**			
	Sind zur Zeit nicht vorhanden.	—	—	
	Titel VI. **Massakosten.**			
1	Dem Gemeinschuldner bewilligte Unterstützung von monatlich 30 Mark seit 1. Februar 1882 im Anschlage auf ein halbes Jahr	180	—	
2	Approximative Kosten der Massaverwaltung und des Gerichtes .	2,500	—	
	Summe VI	2,680	—	
	" V	—	—	
	" IV	129,800	—	
	" III	7,200	—	
	" II	16,000	—	
	" I	96,000	—	
	Summe der Passiva	251,680	Mk.	

III. Die Bilanz kann im gewöhnlichen Konkursverfahren meines Erachtens auf zweierlei Art hergestellt werden. Man kann entweder unter dem „Haben" die sämmtlichen Werthe der einzelnen Titel aufführen und ihnen alle Summen der Belastung entgegenstellen oder aber man kann das „Soll" auf die Konkursgläubiger beschränken und dann unter der Aktivmasse nur den etwaigen Ueberschuß der zu den eigentlichen Konkursgegenständen nicht gehörigen Titel aufnehmen [11]). Ich gebe für beide Arten ein Beispiel [12]):

Beispiel A.

Bilanz der Konkursmasse des Privatiers Schwindel.

Aktiva.		Passiva.	
I. Immobilien . .	102,000 Mk.	I. Hypothekschulden .	96,000 Mk.
II. Mobilien:		II.	
1. Zweifelhafte .	5,000 Mk.	1. Aussonderungs-Ansprüche . .	5,000 Mk.
2. Belastete . .	10,000 Mk.		
3. Freie . . .	38,000 Mk.	2. Absonderungs-Ansprüche . .	16,000 Mk.
III. Aktivforderungen:			
1. Zweifelhafte .	950 Mk.	3. Massaschulden und approximative Massakosten .	2,680 Mk.
2. Belastete . .	6,000 Mk.		
3. Freie . . .	21,050 Mk.		
IV. Baares Geld .	1,800 Mk.	III.	
V. Ueberschuldung .	71,880 Mk.	1. Bevorrechtigte Gläubiger .	7,200 Mk.
		2. Andere Gläubiger	129,800 Mk.
	256,680 Mk.		256,680 Mk.

11) Nachdem die Summen von Soll und Haben „bilanziren", das heißt gleich sein müssen, so ist unter Umständen im Haben irgend ein Posten einzusetzen, welcher die Differenz deckt; ich würde hiefür die „Ueberschuldung" nehmen. Ich sagte so eben: „unter Umständen"; denn nachdem der KO. zufolge ein Konkursverfahren auch wegen bloßer Zahlungsunfähigkeit eintreten kann (vgl. oben S. 162 ff.), so ist der Fall nicht ausgeschlossen, daß die Bilanz durch einen den Vermögensüberschuß zeigenden Posten (der dann in das Soll gehört) bilanzirt.

12) Diese Beispiele sollen keine Muster sein, sondern nur annähernd den Gedanken klar machen.

Beispiel B.

Bilanz der Privatier Schwindel'schen Konkursmasse.

Aktiva.		Passiva.	
I. Voraussichtlicher Immobiliar-Ueberschuß .	6,000 Mk.	I. Massaschulden und approximative Massakosten .	2,680 Mk.
II. Voraussichtlicher Anfall aus den mit Absonderungsrechten behafteten Mobilien . .	2,000 Mk.	II. Bevorrechtigte .	7,200 Mk.
III. Werth der freien Mobilien . .	36,000 Mk.	III. Gewöhnliche Gläubiger .	129,800 Mk.
IV. Aktivforderungen	22,000 Mk.		
V. Baares Geld .	1,800 Mk.		
VI. Ueberschuldung .	71,880 Mk.		
	139,680 Mk.		139,680 Mk.

Handelt es sich nun aber nicht um den Konkurs über eine physische Person, sondern um einen solchen über eine Gesellschaft, so wird die Bilanz nicht anders herzustellen sein, als sie überhaupt üblich ist [13]). Es werden in derselben die einzelnen Conti aufgeführt und zeigt sodann der Gewinn- und Verlust-Conto den Stand der Ueberschuldung.

b. (eine von ihm gezeichnete Abschrift).

Die Abschrift selbst läßt der Verwalter auf Kosten der Masse fertigen. Einer Beglaubigung bedarf es nicht; doch gehört eine sorgfältige Vergleichung und Obsorge dafür, daß die Abschrift völlig gleichlautend mit dem Original ist, zu den Pflichten eines ordentlichen Verwalters und haftet er dafür nach §. 74 der KO.

c. (zur Einsicht der Betheiligten).

Eine Frist, wie lange diese Einsicht dauern darf, besteht nicht. Daher werden die Aktenstücke bis zur Aufhebung des Konkurses liegen zu bleiben haben. Die Offenlegung bietet für jeden Betheiligten die Möglichkeit, sich genügend über die Sachlage zu unterrichten; auch wird ihm nicht verwehrt sein, sich Abschriften und Auszüge zu machen. Gegen Kostenerstattung wird auf Erfordern wohl auch die Ertheilung einer Abschrift

13) Da solche Bilanzen sehr häufig in den öffentlichen Blättern zu lesen sind, bedarf es hier nicht der Aufführung eines Beispiels.

nicht leicht versagt werden; doch kann mit Rücksicht auf die Geschäftslast hiezu keine absolute Verpflichtung Seitens der Gerichtsschreiberei bestehen [14]).

---

§. 115.

Offenbarungseid.

Nach der Anfertigung des Inventars [a]) kann [b]) der Verwalter oder ein Konkursgläubiger [c]) den Gemeinschuldner [d]) in eine Sitzung des Amtsgerichtes, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden [e]).

I. E. §. 125; II. E. §. 115; Pr. H. G. Art. 807; Pr. KO. §. 156; B. Pr. O. Art. 1248 Abs. 2.

a. (Nach der Anfertigung des Inventars).

„Der Gemeinschuldner ist zur vollständigen Angabe seines Vermögens verpflichtet, die §§. 92, 96 und 113 der KO. sorgen für die Befolgung dieser Pflicht; auf der gewissenhaften Befolgung beruht die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars.“ (Motive). Als Schluß der Verpflichtungen des Gemeinschuldners erscheint denn nun folgerichtig dessen Verbindlichkeit zur Ableistung des Offenbarungseides. Hiezu kann er aber erst nach der Anfertigung des Inventars gezwungen werden, weil dieses Inventar eben dasjenige ist, was beschworen werden soll, oder vielmehr was die Grundlage des Eides bildet. Setzen wir also z. B. folgenden Fall: in der Korrespondenz des in Konkurs gerathenen Weinhändlers A finden sich Andeutungen über ein zwischen diesem und dem Champagnerfabrikanten B in X bestandenes, scheinbar vortheilhaftes Conto-Meta-Geschäft. Der Gläubigerausschuß hält es für wünschenswerth, hierüber Näheres zu erfahren, um dasselbe fortsetzen zu können, und fordert vom Gemeinschuldner auf Grund des §. 92 der KO. Aufschluß. Dieser läugnet, Etwas zu wissen, und es wird nun von ihm die eidliche Bekräftigung verlangt, daß er keine Auskunft zu ertheilen im Stande sei. Ein solches Begehren ist unzulässig; statthaft dagegen wird es sein, nach Aufstellung

---

14) Deshalb ist (Motive zum II. E. S. 346) die nach bisherigem Preußischem Rechte (Gesetz v. 12. März 1862) obligatorische Verbindlichkeit hiezu in der KO nicht aufgenommen. Sonach findet §. 271 der Civ.-Pr.-O. nicht „entsprechende Anwendung.“

des Inventars den Offenbarungseid so zu formuliren, daß ihn der Schuldner mit gutem Gewissen nicht leisten kann, wenn ein aus dem fraglichen Geschäfte für die Masse bereits erworbener noch ausständiger Nutzen besteht.

Wie lange „nach der Anfertigung" des Inventars auf die Ableistung des Offenbarungseides gedrungen werden kann, ist in §. 115 nicht festgesetzt. Es ist daraus indessen nicht wohl zu folgern, daß diese Maßregel sofort nach beendigter Anfertigung betrieben werden müsse und später nicht mehr zulässig sei. Der Fall kann so liegen, daß der Verdacht der Verschleppung erst später sich begründet, daß im Verlaufe des Verfahrens Umstände kund werden, welche annehmen lassen, es sei der Gemeinschuldner nicht offen zu Werke gegangen, und Anderes. Weshalb sollte für solche Fälle nicht nachträglich der Offenbarungseid verlangt werden können? Ich bin deshalb der Ansicht, daß sowohl der Verwalter wie jeder Gläubiger bis zum Ablaufe des Schlußtermins (§. 150 der KO.) die Ableistung des Manifestationseides begehren könne. Nach Beendigung dieses Termines aber hört das Konkursverfahren auf (§. 151) und von da an kann der Offenbarungseid auf Grund des §. 115 nicht mehr verlangt werden [1]). In dieser Hinsicht also ist es bei dem früheren Rechte geblieben [2]).

Auch Behufs einer Nachvertheilung kann der Verwalter nicht die Eidesleistung begehren, weil eben, wie erwähnt, in diesem Stadium der Schuldner bereits nicht mehr „Gemeinschuldner" ist.

b. (kann).

Der Verwalter ist keineswegs verpflichtet, dem Gemeinschuldner den Offenbarungseid abnehmen zu lassen. Es kann auch die Unterlassung dieser Maßregel für ihn nicht wohl jemals als eine Verletzung der in §. 74 der KO. auferlegten Sorgfalt angerechnet werden; denn nachdem jeder Konkursgläubiger dasselbe Recht hat, so kann dem sich über die Unterlassung Beschwerenden mit Recht eingewendet werden: „warum hast

---

1) Inwieferne der Gläubiger, welcher gemäß §. 152 der KO. seine unbefriedigte Forderung nachträglich geltend macht, den Manifestationseid begehren kann, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der Civ.-Pr.-O.

2) Das Bayer. Oberappellationsgericht hat stets die Frage, ob nach beendigtem Konkurse der Gläubiger, welcher nicht zu seinem Gelde gelangt ist, jetzt erst dem Schuldner die Ableistung des Manifestationseides ansinnen kann, negativ entschieden. Vgl. Seuffert, Kommentar zur GO. Bd. IV S. 496 Note 1.

du nicht selbst gehandelt?"[3]). Der Verwalter wird nach meiner Meinung den Manifestationseid nur bei Verdacht der Vertuschung zu fordern veranlaßt sein; hingegen kann ihm nicht — noch weniger dem Konkursgläubiger — verwehrt werden, auch ohne äußeren Anlaß hiezu zu schreiten. Der Richter hat nach dem Gesetze keine Befugniß, selbst wegen offenbarer Chikane den Antrag zurückzuweisen. (Vgl. lit. c. II Note.)

c. (oder ein Konkursgläubiger).

I. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Gläubigern; es ist also insbesondere nicht nothwendig, daß die Forderung des Gläubigers unbestritten ist[4]); selbst wenn der Gemeinschuldner behauptet, dem Antragsteller gar nichts zu schulden, muß er doch auf sein Verlangen den Bestand seines Vermögens eidlich declariren. Absonderungsberechtigte können nur, wenn sie für einen ungedeckten Betrag sich zur Masse gemeldet haben, Aussonderungsberechtigte gar nicht des §. 115 sich bedienen. Wenn also z. B. der Juwelier Agath behauptet, er habe der in Konkurs gerathenen Tänzerin Bienaimée ein Perlenhalsband zur Ansicht übersandt und dieses sei noch im Besitz derselben, während Fräulein Bienaimée angibt, sie habe das Halsband auf Abzahlung gekauft gehabt, allein in ihrer Geldverlegenheit weiter veräußert, so kann der Juwelier die Tänzerin nicht mittelst des §. 115 der KO. zum Eide treiben; er muß vielmehr im ordentlichen Verfahren klagen und kann schließlich den §. 769 der Civ.-Pr.-O. zur Anwendung bringen.

II. Es heißt nicht: „jeder Konkursgläubiger", sondern „ein Konkursgläubiger". Daraus folgt, daß wenn auf Antrag eines Gläubigers der Gemeinschuldner den Eid geleistet hat, er nicht verpflichtet ist, auf den Antrag eines andern Gläubigers noch einmal zu schwören. Es folgt dies auch aus §. 784 der Civ.-Pr.-O., da die hier für eine ausnahmsweise nochmalige Ableistung des Eides vorgesehene Ausnahme: „wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe" im Konkursverfahren irrelevant erscheint[5]).

---

3) Es läßt sich freilich ein Fall konstruiren, in dem dieser Einwand nicht zutrifft, nämlich wenn der Gemeinschuldner stirbt nach Vollendung des Inventars, bevor dasselbe den Konkursgläubigern bekannt ist. Allein „eine Schwalbe macht keinen Sommer", oder, wie Celsus in den Digesten (fr. 4 D. 1. 3) sagt: „ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur".

4) Ebenso Fitting §. 37 Note 15. Petersen S. 373. Stieglitz S. 492. Anderer Ansicht ist v. Sarwey S. 633.

5) Vgl. oben Note 1, und sodann lit. e Nr. I.

d. (den Gemeinschuldner).

Es mag bemerkt werden[6]), daß die Pflicht zur eidlichen Manifestirung sich nur auf die Person des Gemeinschuldners erstreckt und nicht etwa auf dessen Ehefrau, seine Kinder oder gar seine Gehülfen und Dienstboten ausgedehnt werden darf.

e. (zur Leistung des Offenbarungseides laden).

I. Hinsichtlich des Verfahrens und der sonstigen näheren Verhältnisse bei dieser Eidesabnahme kommen in Gemäßheit des §. 65 der KO. die Vorschriften der §§. 781[7])—795 der Civ.-Pr.-O. über den Offenbarungseid und über die Haft bei Verweigerung desselben im Allgemeinen in Anwendung. Mit einer natürlichen Ausnahme, denn die Bestimmungen, welche sich auf den späteren Vermögenserwerb beziehen (z. B. §. 784 am Ende und §. 795 der Civ.-Pr.-O.), können bei dem in §. 1 der KO. ausgesprochenen Grundsatze, daß der spätere Erwerb überhaupt nicht in das Konkursverfahren zu ziehen ist, keine Anwendung finden.

Das Verfahren findet vor dem Amtsgericht, aber nicht als Konkursgericht, sondern als „Vollstreckungsgericht“ statt.

Die Eidesformel beginnt nach dem §. 443 der Civ.-Pr.-O. mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“;

dann folgt eine entsprechende (vom Richter festzusetzende) Fassung, z. B.:

„daß ich mein Vermögen richtig angegeben und wissentlich Nichts verschwiegen habe“[8]),

oder

„daß ich mein Vermögen und meine Schulden nach bestem Wissen vollständig und richtig angegeben und wissentlich Nichts verschwiegen habe“[9]),

oder

„daß ich außer den im vorliegenden Inventare aufgeführten Vermögenstheilen andere[10]) zur Masse gehörige Werthgegenstände,

---

6) Und zwar deshalb, weil nicht nur nach der Pr. KO (§ 156), sondern auch nach dem Rechte der Hansestädte (Bremen, Hamburg und Lübeck) und nach der Gesetzgebung von Baden, Hannover und Nassau dies bisher anders war Vgl. übrigens §. 16 Ziff. 3 des Einf.-Ges. zur Civ.-Pr.-O.

7) Der §. 780 der Civ.-Pr.-O. ist für den Gemeinschuldner durch den Inhalt des §. 115 der KO. ersetzt

8) So lautet die allgemeine Formel in §. 711 der Civ.-Pr.-O.

9) Dies war die im I. E. vorgeschlagene Fassung.

10) Noch deutlicher: „nur die zur Masse nicht gehörigen nachstehenden Vermögenstheile als: u. s. w. besitze.“

Rechte und Forderungen nicht besitze und auch nicht weiß, daß solche Vermögenstheile sich irgendwo befinden" [11])

oder

eine ähnliche Formel.

Den Schluß bilden die Worte: „So wahr mir Gott helfe".

II. Wenn der Gemeinschuldner am Erscheinen in der Sitzung des Amtsgerichtes rechtmäßig verhindert ist, so kann gemäß §. 441 der Civ.-Pr.-O. das Amtsgericht eines seiner Mitglieder in die Wohnung des Kridars abordnen. Hält sich derselbe zu der Zeit, zu welcher er zur Ableistung des Eides vorgeladen werden soll, oder zu der Zeit des Schwörungstermines nicht am Sitze des Amtsgerichtes und auch nicht in dessen unmittelbarer Nähe auf, so hat das letztere in dem Falle, wenn der Schuldner gemäß §. 93 Abs. 1 der KO. vom Gerichte die Erlaubniß zur Entfernung von seinem Wohnort erhalten hat, das Gericht des neuen Wohn- oder Aufenthaltsortes um Abnahme des Eides anzugehen. Hatte sich aber der Schuldner ohne Erlaubniß des Gerichtes von seinem Wohnort oder Aufenthaltsort entfernt, so kann das Konkursgericht, gemäß Abs. 2 des §. 93 der KO., die zwangsweise Vorführung des Schuldners anordnen.

III. Das Gesetz begnügt sich mit dem Satze: „der Verwalter oder ein Konkursgläubiger kann den Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides laden." Es liegt aber hier der Nachdruck nicht auf dem Worte „laden", sondern auf den Worten „zur Leistung des Offenbarungseides"; das heißt: es steht nicht etwa dem Richter frei, in der Sitzung, in welche der Schuldner geladen ist, über die Ableistung des Eides zu verhandeln und dann entweder die Abschwörung anzuordnen oder abzulehnen [12]). Vielmehr steht die Verpflichtung jedes Gemeinschuldners zur eidlichen Manifestirung kraft des Gesetzes fest und die Ladung erfolgt nicht „wegen" des Manifestationseides oder „zur Verhandlung über den Eid", sondern zur effektiven Ableistung [13]), also von vorne-

---

11) Diese dem §. 769 der Civ.-Pr.-O nachgebildete Fassung scheint mir sehr deutlich und schließt jede Mentalreservation aus.

12) Würde freilich der Geladene bestreiten, daß er im Konkurs sei, oder würde er sich darauf stützen, daß der Antragsteller weder Verwalter noch Konkursgläubiger sei, so fände in analoger Anwendung des §. 781 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O. allerdings ein Urtheil des Gerichtes statt. Allein darüber steht keine richterliche Kognition zu, ob der Eid nöthig oder überflüssig sei, ob etwa ein Gläubiger nur aus Gehässigkeit die Abschwörung begehre u. dgl.

13) Die Fassung der Pr. KO. machte dies deutlicher: „der Kommissar hat auf den Antrag des Verwalters oder eines Gläubigers dem Gemeinschuldner den Manifestationseid abzunehmen".

herein zu dem Zwecke, damit die Abschwörung faktisch vorgenommen werde [14]).

IV. Welches sind die Folgen der verweigerten Ableistung des Eides? Vor Allem ist nach §. 162 der KO., so lange diese Weigerung dauert, der Zwangsvergleich unzulässig. Sodann kann nach §. 93 der KO. gegen den Gemeinschuldner vorgegangen werden [15]). Indessen modifiziren sich die in diesem Paragraphen aufgestellten Voraussetzungen [16]) einigermaßen für den Fall der Eidesverweigerung. So steht es z. B. nicht im Belieben des Richters, ob er die Haft anordnen will (wie nach §. 93 der KO. durch das Wort „kann", vgl. oben S. 159), sondern es tritt die Vorschrift des §. 782 der Civ.-Pr.-O. ein: „der Richter hat die Haft anzuordnen". Ferner bedarf es nicht noch einer besonderen vorherigen Anhörung des Schuldners vor Verhängung der Haft. Endlich wird allerdings für diese Haft der antragstellende Gläubiger die Kosten zu tragen und auch vorzuschießen haben, da die übrigen Gläubiger, welche die Eidesleistung nicht verlangen, nicht wohl verpflichtet erachtet werden können, die Kosten als Massekosten anzuerkennen.

Der I. E. hatte als Folge der Eidesverweigerung den Verlust des dem Gemeinschuldner bewilligten Unterhaltes aufgestellt. Da diese Bestimmung im Gesetze nicht aufgenommen wurde, so ist jedenfalls anzunehmen, daß dieser Verlust nicht ipso jure eintritt. Dagegen wird dem Verwalter und den Gläubigern nicht versagt sein können, in Folge solcher Renitenz ihre früher bewilligte Wohlthat zu reduziren oder ganz zurückzunehmen.

---

14) Der Beisatz: „soferne der Richter es für angemessen erachtet" (vgl. Pr H.E Art. 807) ist nicht beliebt worden.

15) Anderer Ansicht v. Wilmowski S. 371, welcher auch die Haftverhängung nicht dem Konkursrichter, sondern dem Amtsgericht als Vollstreckungsgericht zuweist.

16) Vgl. oben S. 157 ff.

§. 116.

Recht des Verwalters zur Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der Immobilien.

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann bei der zuständigen Behörde durch den Konkursverwalter betrieben werden.

I. E. §. 128; II. E. §. 116. Pr. H. E. Art. 801; Pr. KO. §. 266 ff. B. Pr. O. Art. 1290.

I. Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen verweist §. 757 der Civ.-Pr.-O. auf die Landesgesetze. Auch die im Konkurse vorkommenden Immobiliarexekutionen unterliegen daher der landesgesetzlichen Regelung [1]).

II. Sollte sich der Fall ereignen, daß dem Gemeinschuldner selbst Realansprüche auf Immobilien dritter Personen zustehen, so daß nicht die Immobilien selbst, sondern Rechte an Immobilien in die Masse gehören, so versteht es sich von selbst, daß der Verwalter fortan derjenige sein muß, welcher die Versilberung besorgt. Soferne daher hiezu Anlaß ist [2]), betreibt also er die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung oder er setzt die bereits begonnene fort. Dies folgt aus §. 5 der KO. und fällt nicht unter §. 116; denn dieser spricht nur davon, daß die Immobilien selbst zur Masse gehören.

III. Besitzt der Gemeinschuldner Immobiliarvermögen, so gehört dasselbe ebenso zur Masse [3]) wie alle übrigen Vermögensbestandtheile. Haften — was freilich kaum je vorkommen wird — auf demselben keine real gesicherten Ansprüche (Ewiggelder, Hypotheken u. s. w.), so verwerthet der Verwalter die Immobilien, nimmt den Erlös zur Masse und vertheilt ihn mit den sonstigen paraten Mitteln an die Personalgläubiger. Die Verwerthung (Versilberung, Veräußerung) geschieht nach §. 107 der KO.

---

1) Für Bayern ist zur Zeit die sog. Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879 (Gesetz- u. Verordnungsblatt Bd. I S. 203 ff.) maßgebend.

2) Der Konkurs allein macht diese Ansprüche nicht fällig; der §. 58 der KO. darf nicht umgekehrt angewendet werden. Wenn also z. B. auf dem Hause des A für den B 1000 Mk, heimzahlbar am 1. Mai 1890, hypothekarisch versichert sind und B kommt am 1. Juni 1884 in Konkurs, so kann der Verwalter nicht etwa schon jetzt Heimzahlung der 1000 Mk. begehren, sondern er muß eben dieses Kapital so wie es ist versilbern, das heißt sich von einem Liebhaber diskontiren lassen.

3) Abth. I S. 42.

so wie es am zweckmäßigsten erscheint, aus freier Hand oder im Wege öffentlicher Versteigerung; ein bestimmtes Verfahren ist hiefür nicht vorgeschrieben.

Aber auch wenn das Immobile mit Hypotheken oder sonstigen derartigen Rechten belastet ist, fällt es dadurch nicht aus dem Kreise der zur Masse gehörigen Gegenstände hinweg; es verlieren zwar die Realberechtigten durch den Ausbruch des Konkurses nicht ihren Anspruch auf abgesonderte Befriedigung, sie sind nicht mehr wie nach den früheren Gesetzen gezwungen, sich gleichfalls am Konkurse zu betheiligen, sie können ihre Rechte geltend machen, gleich als sei der Eigenthümer der Immobilien nicht vergantet. Allein im Uebrigen und auf das Uebrige (was nemlich vom Erlöse des Objektes nach Befriedigung der Realgläubiger übrig bleibt) kann der Konkursmasse der Zugriff nicht versagt werden. Soferne daher die Immobiliargläubiger ihre Ansprüche nicht geltend machen wollen oder können [4]), steht Nichts im Wege, das Immobile — selbstverständlich belastet mit seinen Hypothekschulden — aus freier Hand (allenfalls in öffentlicher freiwilliger Versteigerung) zu verkaufen.

Indessen wird dieser letztere Fall um so weniger praktisch vorkommen, als nach den Landesgesetzen wohl regelmäßig der §. 58 der KO. analog auch auf die Realgläubiger ausgedehnt sein wird [5]). Wenn nun aber die Immobiliargläubiger Zahlung begehren oder überhaupt ein Verkauf aus freier Hand nicht thunlich [6]) oder zweckmäßig erscheint, so muß der Verwalter in der Lage sein, zwangsweise vorzugehen [7]) und des-

---

4) Weil sie die Kosten scheuen oder weil ihre Forderung nicht fällig ist und nach Landesrecht durch den Konkurs nicht fällig wird.

5) Bayerische Subhastationsordnung Art. 169:

> Wenn über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet wird, so können die Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus dem zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Vermögen zu beanspruchen und ihre Forderungen auch als Konkursforderungen geltend zu machen berechtigt sind, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auch dann beantragen, wenn ihre Forderungen betagte oder bedingte sind.
>
> Die Bestimmungen der Art. 111—116 finden entsprechende Anwendung.

6) Dies wird z. B. der Fall sein, wenn bereits zu Gunsten eines Gläubigers die Zwangsverwaltung verhängt ist.

7) Ich bin hiebei in Uebereinstimmung mit Fitting, König, Konkursverfahren S. 65 und v. Sarwey S. 637, während Hullmann S. 259 Nr. 8 u. Petersen S. 375 dem Verwalter das Recht des § 116 nur dann einräu-

halb gibt ihm §. 116 der KO. die Befugniß [8]), sowohl die Zwangsversteigerung wie die Zwangsverwaltung [9]) zu betreiben [10]).

IV. Aus dem soeben erwähnten Rechte des Verwalters ergibt sich, daß derselbe nicht blos befugt ist, dieses Verfahren selbständig einleiten zu lassen [11]), sondern daß er auch durch ein bereits von anderer Seite (sei es von einem Hypothekgläubiger oder einem persönlichen Gläubiger) eingeleitetes Verfahren nicht gehindert sein kann, sich einen bestimmenden Einfluß auf die Durchführung desselben zu sichern.

Dieser Fall, daß der Verwalter bereits im Gange befindliche Hypothekenprozesse und Zwangsvollstreckungen am Realbesitze des Kridars vorfindet, ist der eigentliche praktische und es ergibt sich sofort die wichtige Frage: wie verhält sich die Sache, wenn 1) ein Rechtsstreit oder 2) die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Gemeinschuldners

---

men, wenn das Absonderungsrecht auf des Immobile von anderer Seite ausgeübt wird. Fitting macht aber §. 23 Note 14 mit Recht aufmerksam, daß für die Rechtsgebiete, in denen die Absonderungsrechte nicht aus öffentlichen Büchern ersichtlich sind, der Zwangsverkauf schon deshalb zweckmäßig sein kann, um dem Erwerber den freien Erwerb zu sichern.

8) Nur die Befugniß vgl. unten lit. d.

9) Die „Zwangsverwaltung" ist was ehedem Immission oder Sequestration genannt wurde, vgl. Art. 125 der Bayerischen Subhastationsordnung.

10) Art. 171 der Bayerischen Subhastationsordnung bestimmt für diesen Fall:

Wird die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Vermögens von dem Konkursverwalter betrieben (§. 116 der Konkursordnung), so kommen die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes mit den nachfolgenden besonderen Bestimmungen zur Anwendung:

1) Eine Beschlagnahme findet nicht statt. Das Vollstreckungsgericht ordnet auf den Antrag des Konkursverwalters die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung an und ernennt im ersten Falle zugleich den Versteigerungsbeamten. Auf den Antrag des Konkursverwalters finden die Bestimmungen in Art. 24 Ziff. 3—7, Art. 25, Art. 26 Abs. 1 Ziff. 3 und 4, Art. 27 Ziff. 3 und 4, Art. 129 entsprechende Anwendung. Dem Antrage ist die urkundliche Bescheinigung der Ernennung des Konkursverwalters beizufügen.

2) Der Konkursverwalter ist in Ansehung des Verfahrens als Beschlagnahmegläubiger zu betrachten. Der Gemeinschuldner gilt nicht als Betheiligter.

11) Was Hullmann S. 259 u. Petersen S. 375 verneinen, jedoch wie ich glaube mit Unrecht.

bei Eröffnung des Konkurses schon begonnen war und zwar a) von Seite eines Realgläubigers, b) von Seite eines persönlichen Gläubigers?

ad 1. Erwägen wir vor Allem, daß an sich (wie bereits erwähnt) das dem Gemeinschuldner gehörige Immobiliarvermögen allerdings zur Masse gehört, daß ferner §. 218 der Civ.-Pr.-O. ganz allgemein verfügt: „im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft [12]), unterbrochen“ — so müssen wir zu dem Schlusse gelangen, auch die Prozesse gegen den Gemeinschuldner, welche Immobilien betreffen, werden mit der Konkurseröffnung unterbrochen. Nunmehr aber scheidet sich der Gang je nachdem der Kläger ein persönlicher Gläubiger oder ein Absonderungsberechtigter ist. Persönliche Gläubiger können nach §. 11 der KO. ihren Rechtsstreit und ihre Exekution gegen den Gemeinschuldner während des Konkurses nicht fortsetzen; wohl aber ist der Absonderungsberechtigte, der Hypothekgläubiger hiezu befugt. Für den ersteren Fall gilt nichts Besonderes, das Immobile fällt in die Masse [13]), der persönliche Gläubiger hat seine Forderung im Konkurse weiter zu verfolgen; für den letzteren Fall aber verfügt §. 9 der KO., daß sowohl der Verwalter wie der Prozeßgegner den Rechtsstreit aufnehmen kann. Die Aufnahme durch den Verwalter ist aber hier natürlich so gedacht, daß dieser gegen den Absonderungsberechtigten auftritt, dessen Recht bestreitet, nicht aber mit dem Kläger gemeinsam vorgeht, sich ihm anschließt; denn der §. 9 der KO. supponirt das Eintreten des Verwalters an Stelle des Gemeinschuldners. Will der Verwalter aber das Recht des Realgläubigers nicht bestreiten, so erkennt er dasselbe an; damit ist dann der Rechtsstreit auch erledigt, und es kommt zur Zwangsvollstreckung.

ad 2. Wie ist es nun aber, wenn bei Eröffnung des Konkurses bereits die Zwangsvollstreckung im Laufe war? Hier lassen sich meines Erachtens zwei verschiedene Theorieen denken. Man kann davon ausgehen, daß der §. 218 der Civ.-Pr.-O. hier nicht anwendbar sei; denn dieser spricht lediglich von Unterbrechung des „Verfahrens“, während die Prozeßordnung nicht ein Zwangsvollstreckungs-Verfahren, sondern nur eine Zwangsvollstreckung kennt, die nach §. 644 aus Endurtheilen, also nach beendigtem Verfahren eintritt. Sonach würde die Exekution

---

12) Man kann nicht einwenden, bei solcher Ausdehnung der Unterbrechung wäre der Beisatz inhaltslos, denn er bezieht sich auf diejenigen Prozesse, welche nicht Vermögensrechte betreffen; vgl. Abth. I S. 99.

13) Vgl. Art. 190 der Bayer. Subhastationsordnung.

durch den Konkurs des Schuldners nicht unterbrochen[14]); nur könnten persönliche Gläubiger[15]) wegen der positiven Bestimmung in §. 11 der KO. vom Momente des eröffneten Prozesses an nicht weiter vorgehen. Man kann aber auch — wegen der Stellung des §. 218 der Civ.-Pr.-O. im Allgemeinen Theile und weil die Zwangsvollstreckung zwischen dem Mahnverfahren und dem Aufgebotsverfahren steht und immerhin selbst ein „Verfahren" bleibt (in dem Anträge, Einreden, Urtheile wie in jedem anderen vorkommen) —, annehmen, daß der Konkurs des Schuldners auch die Zwangsvollstreckung unterbreche[16]).

Nach meiner Ansicht war es der Gedanke des §. 116, daß mit der Konkurseröffnung auch das bereits im Stadium der Zwangsvollstreckung befindliche Verfahren über den Immobiliarbesitz des Gemeinschuldners (soweit das Immobile selbst oder dessen Früchte zur Masse gezogen werden können) nicht mehr von einem Gläubiger, weder von einem persönlichen, noch von einem Absonderungsberechtigten fortgesetzt, sondern daß es in die Hände des Verwalters als betreibenden Theiles gelegt werden sollte[17]). Dies hat indessen die Bayerische Landesgesetzgebung nicht an-

---

14) Dies ist der Standpunkt der Bayerischen Subhastationsordnung.

15) Es wird aber wohl in sämmtlichen landesgesetzlichen Bestimmungen über die Exekution von Immobilien (in Bayern nach Art. 11 der Subhastationsordnung) die eigentliche Zwangsvollstreckung an unbeweglichen Sachen erst nach erfolgter Beschlagnahme zugelassen werden, durch welche auch der bisher persönliche Gläubiger ein dingliches Recht erlangt und in die Reihe der Absonderungsberechtigten tritt.

16) Hauser (in der Zeitschrift für Reichs- u. Landesrecht Bd. III S. 471) macht auf den Fall des §. 693 der Civ.-Pr.-O aufmerksam; ich stimme der Ausführung bei, daß ohngeachtet der scheinbaren Analogie doch die in jenem Paragraphen gegebene Bestimmung sich zur Anwendung im Konkurse nicht eignet.

17) Fitting §. 7 Note 25 erläutert vortrefflich den Gedanken des Gesetzes folgendermaßen: „Die juristische Möglichkeit für den Verwalter, ein solches Verfahren anstatt des betreibenden Gläubigers fortzusetzen, ist darin begründet, daß dasselbe, wenn auch zunächst nur auf den Antrag und im Interesse eines Gläubigers eingeleitet, gleichwohl in Vertretung des Schuldners ausgeführt wird, gleichwie die Römer sogar den Pfandgläubiger bei der Vornahme des Pfandverkaufes als Vertreter des Verpfänders auffassen. Bei jenem Vollstreckungsverfahren kann die Richtigkeit dieser Auffassung schon deshalb nicht zweifelhaft sein, weil nach heutigem Rechte die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen immer die Befriedigung sämmtlicher betheiligter Realgläubiger bezweckt, auch wenn sie das Verfahren nicht beantragt haben."

genommen [18]). Die Subhastationsordnung bestimmt in Art. 170 Folgendes:

„Ist bei Eröffnung des Konkurses ein Zwangsvollstreckungsverfahren in das zur Konkursmasse gehörige unbewegliche Vermögen anhängig, so ist dasselbe gegen den Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners fortzusetzen.

Wird nach Eröffnung des Konkurses von einem absonderungsberechtigten Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das zur Konkursmasse gehörige unbewegliche Vermögen beantragt, so richtet sich das Verfahren gegen den Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners. Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes finden auch in diesem Falle Anwendung, die Beschlagnahme hat jedoch die in den Art. 9—11 bezeichneten Wirkungen nicht [19])".

d. (kann).

Nach zweierlei Richtungen hat das Gesetz dadurch, daß es nicht „muß", sondern „kann" sagt, den Verwalter frei stellen wollen. Die eine ist bereits oben (lit. a und Abth. I S. 114) erörtert worden, der Verwalter kann statt der Zwangsversteigerung den Verkauf aus freier Hand bethätigen. Die andere Befugniß aber ist, daß der Verwalter ganz von dem Immobile für die Masse abstrahiren kann. Zwar könnte man aus der Bestimmung des §. 107 der KO., wonach es dem Verwalter zur Pflicht gemacht ist, das gesammte zur Masse gehörige Vermögen zu verwerthen, den Schluß ziehen wollen, daß der Verwalter die Immobilien jedenfalls zur Masse ziehen müsse und daß durch den §. 116 der KO. nur dessen Recht und Legitimation habe außer Zweifel gestellt werden wollen. Allein diese Annahme wäre wohl irrig; denn hiezu bedurfte es keiner besonderen Bestimmung; diese Legitimation ergibt sich schon aus §. 5 Abs. 2. Dagegen kann eine absolute Verpflichtung, daß der Verwalter unter allen Umständen die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der Immobilien betreiben müsse, schon deshalb nicht angenommen werden, weil derselbe nach den Bestimmungen des §. 107 der KO. in der Verwaltung der Konkursmasse grundsätzlich möglichst selbstständig gestellt ist und ihm daher in dieser Hinsicht keine weiteren Beschränkungen auf-

18) Durch die Annahme verleitet, daß der Verwalter den Gemeinschuldner vertrete und daher nicht gegen sich selbst prozessualisch vorgehen könne. Vgl. den citirten Aufsatz Hausers S. 469.

19) Vielleicht wird dies bei einer Revision des Gesetzes geändert. Es macht doch einen eigenthümlichen Eindruck, wenn in den Zeitungen der Name des Verwalters als Immobiliargantschuldner erscheint.

erlegt werden dürfen, als im Gesetz ausdrücklich bestimmt sind [20]). Es würde auch dem Grund und Zwecke des Konkurses und der Aufgabe des Konkursverwalters widerstreiten, wenn man denselben nöthigen wollte, eine Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu betreiben, bei welcher voraussichtlich, z. B. wegen Mehrbetrages der Hypothekforderungen über den wirklichen oder wenigstens wahrscheinlichen Werth der Objekte, nichts für die Konkursmasse herauskommen und der letzteren nur vergebliche Kosten entstehen würden [21]).

Eine andere Frage ist aber, ob es im Hinblicke auf die Verantwortlichkeit nach §. 74 der KO. für den Verwalter nicht rathsam ist, wenigstens wenn von Seite eines oder mehrerer Hypothekgläubiger die Zwangsversteigerung doch betrieben wird, sich vorsichtshalber zu betheiligen [22]).

§. 117.

Verwerthung beweglicher Pfandstücke.

Der Verwalter ist berechtigt, die Verwerthung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes [a]), an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht [b]) oder ein diesem gleichstehendes Recht [c]) beansprucht [d]), nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben [e]). Der Gläubiger kann einer solchen Verwerthung nicht widersprechen [f]), vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen [g]).

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen [h]), so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen An-

20) Bei den Berathungen (vgl. K. Prt. S. 84) wurde zwar eine solche Bestimmung beantragt, damit die Hypothekgläubiger noch vor der Schlußvertheilung ersehen könnten, auf welchen Betrag sie ungedeckt bleiben und als persönliche Gläubiger aufzutreten haben. Allein dieser Antrag wurde nicht angenommen, weil hiedurch die Beendigung der Konkurse zum Nachtheil der Nicht-Absonderungsberechtigten sehr verzögert würde; vgl. auch die Einleitung zum Buch I Titel V.

21) Die Motive (zum II. E. S. 349 unten) erkennen dies ausdrücklich an. Für das Bayerische Recht ist Art 173 der Subhastationsordnung zu beachten, welcher den obigen Satz deutlich ausspricht.

22) Freilich hat in diesem Falle die Masse auch an den Kosten zu participiren.

hörung eine Frist bestimmen[i]), innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerthen hat[k]). Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung[l]).

I. E. §. 129; II. E. §. 117; Pr. H. E. — Pr. KO. §. 264; B. Pr. O. —

a. (beweglichen Gegenstandes).

Bei beweglichen Vermögensstücken fallen die Rücksichten hinweg, aus welchen bei Immobilien die Bestimmungen der Landesgesetze bezüglich der Zwangsvollstreckung im Konkurse aufrecht erhalten sind. Hiefür ist also eine gemeinsame für den ganzen Umfang des Deutschen Reiches geltende Vorschrift gegeben. Was indessen als „bewegliche Sache" zu erachten sei, darüber entscheiden vorerst noch die Landesgesetze. Jedenfalls gehören im Allgemeinen hierunter auch „Forderungen"; auf diese angewendet begreift der Ausdruck „Veräußerung" die Einziehung durch Beitreibung derselben in sich. Auch hiefür bleibt es bei den Vorschriften der Civ.-Pr.-O. §§. 730 ff., nur bedarf es nicht mehr einer Ueberweisung der Forderung an den Verwalter, da die Forderung ohnehin schon zur Konkursmasse gehört[1]).

b. (ein Faustpfandrecht).

Es ist hier natürlich nicht allgemein das Faustpfand nach Civilrecht, sondern nur dasjenige Faustpfand, welches im Konkurse ein Absonderungsrecht gewährt, zu verstehen. Demnach sind hier in Gemäßheit des Einführungsgesetzes §. 14 die Fälle gemeint, in denen der Pfandgläubiger selbst oder ein Dritter für ihn die bewegliche Sache besitzt.

c. (oder ein diesem gleichstehendes Recht).

Auch hier ist nur ein „konkursrechtlich" gleichstehendes Recht gemeint. Demnach handelt es sich um jene Ansprüche, welche in §. 41 der KO. aufgezählt sind und bei welchen die unumgängliche Voraussetzung immer ein „In-Handenhaben" Seitens desjenigen erscheint, der den Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus der Sache erhebt[2]).

d. (beansprucht).

Soferne der Besitzer des Pfandes oder der sonstige Absonderungs-

---

1) Reg.-Rath Hagens in der 12. Sitzung, K. Prt. S. 87.

2) Hierunter gehört also auch das kaufmännische Retentionsrecht, welches nach Gemeinem und Preußischem Rechte dem Gläubiger eine jeden Zugriff des Verwalters ausschließende Befugniß gab. Vgl das Erk des RG. v. 5. Juni 1880 (Entscheid. Bd. II S. 35).

berechtigte sein Absonderungsrecht nicht geltend macht [3]), ist natürlich eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht nöthig; die Sache wird in diesem Falle wie jedes andere zu verwerthende Vermögensobjekt behandelt. Aber auch wenn der Berechtigte sich mit seinem Rechte in abstracto begnügt oder begnügen muß und keine sofortige effektive Befriedigung seiner Forderung beansprucht oder beanspruchen kann, findet der §. 117 keine Anwendung. Z. B. der Gemeinschuldner hat 6 Stück Creditaktien für 700 fl. Oestr. Währung bei Bankier A in Depot gegeben. Der Verwalter nimmt den Depotschein in Besitz; da aber zu dieser Zeit die Aktien gerade sehr nieder stehen, so erbietet sich der Schwiegervater des Kridars, in das Geschäft mit A einzutreten und der Masse 1 % mehr zu zahlen, als für die Creditaktien, wenn sie realisirt würden, an der Börse zu lösen wäre. Da hier das Recht des A ganz unberührt bleibt und die Masse nur Nutzen hat, läßt sich die Angelegenheit ganz gut auch in dieser Weise ordnen [4]).

Indessen wird thatsächlich nur in den seltensten Fällen in der so eben beispielsweise dargestellten Art die Vereinigung möglich sein. Einmal kauft nicht leicht Jemand eine in fremdem Besitz befindliche Pfandsache und anderseits hat der Pfandgläubiger in der Regel nach ausgebrochenem Konkurse selbst bereits die Befugniß, reelle Befriedigung für seine Forderung, das heißt Realisirung seines Pfand- oder sonstigen Absonderungsrechtes zu verlangen. Hiefür, für diese Konkurrenz des Absonderungsrechtes mit dem Anspruche der Masse auf den Mehrwerth des Pfandstücks sind gesetzliche Bestimmungen nothwendig; der §. 117 der KO. gibt die gemeinsame Vorschrift, welche das Verhältniß der Absonderungsberechtigten zu der Konkursmasse regelt. Und zwar tritt hier eine Ausnahme vom gewöhnlichen Rechte ein [5]). Während nemlich außerhalb des Konkurses der im Besitze eines Pfandobjektes befindliche Gläubiger [6]) die

---

3) Dieser Fall läßt sich nur denken, wenn der Berechtigte anderweitige Deckung erlangt, oder auch aus Großmuth, was aber nicht wohl vorkommen wird.

4) Nach bisherigem Rechte war dies unthunlich, da A mit in den Konkurs gehörte und die Aktiva wie jeder Massatheil im Zwangswege verkauft werden mußten.

5) Andere als im Besitze der Sache befindliche Absonderungsberechtigte gibt es (wie oben bemerkt) im Konkurse fortan nicht mehr.

6) Der Pfandgläubiger hat nur das Recht, nicht die Pflicht des Pfandverkaufes, vgl. l. 6 pr. D. de pignorat. act. (13, 7), l. 15 §. 5 D. de re judic. (42, 1).

Befugniß hat[7]), jeden anderweitigen Zugriff auf die Sache abzuwehren, kann diese Befugniß im Konkurse nicht Platz greifen[8]). Denn eine solche würde ja den Fortgang des Verfahrens und seine Beendigung von der Willkür der Pfandbesitzer abhängig machen. Der Konkursverwalter, welcher durch §. 108 der KO. den Besitz der Sache und das daran beanspruchte Absonderungsrecht kennt, kann daher die Verwerthung auch wider den Willen des Berechtigten betreiben. Der Absonderungsberechtigte kann insbesondere nicht verlangen, daß auf die Fälligkeit seines eigenen Anspruches gewartet werde. Es ist bei der Neuheit dieser gesetzlichen Anordnung wohl nicht überflüssig, dieselbe an einem praktischen Beispiel zu erläutern. Setzen wir den Fall: der Bankier Goldmann hat dem Fabrikanten Spinnweber einen Konto-Korrent eröffnet, zu dessen Bedeckung Spinnweber 100 Stück Handelsbankaktien dem Goldmann in Depot gegeben hat. Das Baumwollen-Haus Cotton & Cie. hat einen Spinnweber'schen Wechsel in Händen, der in Protest gegangen ist, und nach durchgeführtem Wechselprozeß beantragen Cotton & Cie. für die Wechselsumme die 100 Aktien, welche Goldmann in Händen hat — vorbehaltlich dessen Kontokorrent-Guthabens auf den dieses Guthaben übersteigenden Werth der Aktien — zu pfänden. Dies braucht nach §. 710 der Civ.-P.-O. Goldmann nicht zu dulden; Cotton & Cie. müssen sich ein anderes Deckungsmittel suchen. Nun aber bricht über Spinnweber der Konkurs aus. Der Bankier Goldmann zeigt auf Grund des §. 108 der KO. dem Verwalter das Depot an, mit dem Beifügen, daß sein Kontokorrent-Guthaben 16,000 Mark beträgt. Der Verwalter sieht also, daß aus dem Depot[9]) noch Etwas für die Masse herauskommen wird, und begehrt dessen Verkauf. Der Bankier Goldmann kann diesen nicht hindern und kann insbesondere nicht das Depot für den ferneren Geldverkehr mit Spinnweber reserviren. Er kann den Verkauf selbst dann nicht verwehren, wenn seine Forderung dabei Schaden leidet[10]) und er Aussicht hat, daß

---

7) Dies ergibt sich arg. e contrario aus §. 710 der Civ.-Pr.-O., welche das Widerspruchsrecht dem nicht im Besitze befindlichen Dritten versagt, also bei dem im Besitze befindlichen ein solches anerkennt.

8) Nach Gemeinem Rechte mußte der Verkauf der Pfandobjekte schon deshalb erfolgen, weil ja die Pfandgläubiger mit im Konkurse zu liquidiren hatten.

9) 100 Handelsbankaktien auf 200 fl. lautend, mit 60% Einzahlung, zu 116% gehandelt, geben etwa 15,000 Mark.

10) Setzen wir den Fall, der Curs der Handelsbank-Aktien stehe zu der Zeit gerade auf 80%; es ist aber zu vermuthen, daß derselbe sich in einigen Monaten heben wird.

bei Zuwarten dieser vermieden werden könnte. Theoretisch scheint dies unbillig; die Motive (zum II. E. S. 348) bemerken aber wohl mit Recht, daß die Konkursgläubiger selbst das lebhafteste Interesse haben, einen unzeitigen Verkauf zu vermeiden, und daher der Pfandgläubiger thatsächlich nicht gefährdet erscheint [11]).

e. (nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben).

Gegen wen ist nun die Zwangsvollstreckung zu betreiben? Gegen den Schuldner kann sie sich nicht richten, da er über die Sache kein Verfügungsrecht hat. Also muß das Verfahren gegen den Absonderungsberechtigten gehen [12]). Und zwar ergibt sich die Richtigkeit dieser Anschauung aus folgender Erwägung:

Die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung an beweglichen Sachen sind in der Civilprozeßordnung §§. 708 ff. enthalten und als erster Satz ist aufgestellt: „die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung.“ Sonach setzt der Vollzug des §. 117 der KO. eine Pfändung der im Besitze des Absonderungsberechtigten befindlichen Sache voraus und dies setzt hinwiederum voraus, daß dieser Drittbesitzer widerstreitet, denn sonst bedarf es ja keiner Pfändung. Besehen wir den

---

11) Sollte wirklich ein Verwalter aus Bosheit dennoch einen solchen unzeitigen für die Masse voraussichtlich nutzlosen Verkauf urgiren, so geht der Absonderungsberechtigte eben bei der Versteigerung mit bis zur Höhe seiner Forderung und ist gedeckt.

12) Ich will nicht unterlassen zu bemerken, daß sich auch viel für eine Theorie sagen läßt, welche annimmt, es sei hier ein Gegner überhaupt nicht vorhanden; die Zwangsvollstreckung richte sich im obigen Falle überhaupt nicht gegen eine Person, sondern nur gegen die Sache selbst.

Wesentlich anders gestaltet sich die Konstruktion natürlich dann, wenn der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners erachtet wird. v. Wilmowski S. 375 sagt deshalb: „Sachlich sei diese Verwerthung nicht Zwangsvollstreckung und begründe kein Pfändungspfandrecht. Formell habe der Verwalter als Antragsteller Namens des Gemeinschuldners den Gerichtsvollzieher den Auftrag zum Verkaufe zu geben. Eine Pfändung gegen den Gemeinschuldner erübrige sich hiedurch; gegen den die Herausgabe verweigernden Drittbesitzer aber müsse Klage gestellt werden.“ Ich halte eine solche Klage nur dann für nothwendig, wenn der Drittbesitzer das Eigenthum des Schuldners verneint, wenn er behauptet, nicht Pfandgläubiger zu sein, sondern aus anderem Rechtstitel die Sache inne zu haben.

Gang der Dinge einmal rein praktisch, so verläuft er folgendermaßen: wenn der Pfandgläubiger nach §. 110 der KO. dem Verwalter die Sache vorzeigt und sie abgeschätzt wird, so findet der Verwalter entweder: „da ist für die Massa Nichts mehr zu erwarten" und dann läßt er sie ruhig dem Besitzer — oder er meint: „der Werth ist so hoch, daß nach Deckung des Absonderungsberechtigten noch ein Rest für die Masse abfallen wird"; in diesem Falle wird er den Pfandgläubiger angehen, die Sache versteigern zu lassen, und wenn dieser sich hiezu bereit erklärt, bedarf es keiner Zwangsvollstreckung. Der §. 117 ist nur nöthig, wenn der Absonderungsberechtigte sich nicht fügen will, und dann ist er eben der Gegner des Verwalters [13]).

f. (einer solchen Verwerthung nicht widersprechen).

In den Worten „einer solchen Verwerthung" liegt die andere Richtung der in §. 117 gegebenen Vorschrift. Will nemlich der Verwalter der Verwerthung von Objekten, an welchen einem Dritten ein Absonderungsrecht zusteht, wider den Willen des Berechtigten bewerkstelligen, so muß er die Sache im Zwangswege versteigern lassen. Einen Verkauf aus freier Hand kann er nur dann vornehmen, wenn der Absonderungsberechtigte einwilligt [14]). Die Art dieser Zwangsversteigerung richtet sich nach §. 716 ff. der Civ.-Pr.-O. Sie erfolgt durch den Gerichtsvollzieher öffentlich und gegen Baarzahlung.

„Als selbstverständlich ist es betrachtet, — sagen die Motive — daß

---

13) Nach meiner Ansicht geht somit das Verfahren vollständig in den Formen der Zwangsvollstreckung vor sich. Dagegen sind die meisten übrigen Rechtslehrer anderer Ansicht; sie erachten die Vorschriften der R.-Civ.-Pr.-O. nur mit Modifikationen anwendbar, wobei aber wieder über den Umfang dieser Modifikationen verschiedene Ansichten herrschen. Insbesondere besteht eine Kontroverse, womit die Zwangsvollstreckung zu beginnen habe, im Falle eine Forderung oder ein anderes Vermögensrecht Gegenstand des Absonderungsrechtes ist. v. Sarwey S. 641 und v. Wilmowski S. 376 erachten hier eine Pfändung und Ueberweisung als völlig überflüssig und durch den offenen Arrest bereits erfolgt, wobei sie sich auf eine Aeußerung des Regierungskommissärs in Prt. S. 87 berufen. Stieglitz S. 500 macht hiegegen meines Erachtens mit Recht geltend, durch den offenen Arrest werde dem Drittschuldner nur verboten, an den Gemeinschuldner, nicht aber an den Absonderungsberechtigten zu zahlen, nur die Ueberweisung sei unnöthig, da die Forderung schon zur Masse gehöre.

14) Dies ist nothwendig, weil ja sonst das Recht des Pfandgläubigers durch Kollusion illusorisch gemacht werden könnte.

bei den auf Betreiben des Konkursverwalters einzuleitenden Zwangsverkäufen von Mobilien oder von Immobilien die bei der gewöhnlichen Exekution dem Schuldner vor dem wirklichen Angriff des Pfandes etwa zu gestattenden und von den absonderungsberechtigten Gläubigern auch während des Konkurses zu respektirenden Fristen hinwegfallen." Doch wird dies nicht so zu verstehen sein, daß der Wegfall unter allen Umständen eintritt, sondern nur, wenn der Verwalter einwilligt. Denn die achttägige Frist des §. 717 der Civ.=Pr.=O. z. B. ist mitunter behufs Erzielung einer besseren Versteigerung sehr zweckmäßig.

g. (auf den Erlös geltend machen).

Nachdem das Gesetz nicht sagt, der Absonderungsberechtigte kann „aus dem Erlöse Befriedigung verlangen", sondern nur: „er kann seine Rechte auf den Erlös geltend machen", folgt, daß der Absonderungsberechtigte durch das Vorgehen des Verwalters nicht besser als bisher gestellt werden soll, es soll sein Recht, so wie es ist, gewahrt bleiben. Ist demnach seine Forderung noch nicht fällig oder bedingt oder betagt, so muß der von ihm beanspruchte Theil des Erlöses hinterlegt werden, bis die Forderung rechtlich zu befriedigen ist [15]). Ebenso darf er aber auch nicht schlechter gestellt werden; wenn in dem obigen Beispiel (lit. e) Bankier Goldmann vorbringt, es sei der Kontokorrent nur provisorisch abgeschlossen, da noch Wechsel im Umlauf seien, aus denen ihn Regreß treffen könnte, er müsse also darauf bestehen, daß sein Depot hiefür gleichfalls reservirt bleibe, so darf der Verwalter nicht den Mehrerlös über den zur Zeit festgestellten Saldo sofort an sich ziehen, sondern es muß die Vereinigung der eventuellen Forderung abgewartet werden. Die Befriedigung erfolgt übrigens nicht etwa nach Maßgabe der §. 58, 60, 62 u. 63 der KO., vielmehr muß, wenn die Befriedigung nicht sofort und bei mehreren Gläubigern nicht vollständig geschehen kann, der Erlös nach Maßgabe der §§. 728 Abs. 3, 751 Abs. 3, 758 ffg. der R.=Civ.=Pr.=O. hinterlegt und vertheilt werden.

h. (ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen).

Es ist einerlei, ob der Absonderungsberechtigte durch ein Gesetz, ein

---

15) Es entspricht dies auch den Grundsätzen des §. 710 der Civ.=Pr.=O.; es heißt hier: der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse könne ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung Seitens des nicht im Besitze befindlichen Pfandgläubigers geltend gemacht werden; allein der letzte Absatz zeigt, daß nicht sofortige effektive Befriedigung eintreten, sondern nur der „Anspruch" hierauf gewahrt werden soll.

Privilegium oder durch eine rechtsgültige Privatverabredung die Befugniß hat, aus dem ihm haftenden Gegenstande sich ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen[16]).

Was insbesondere ein unter Voraussetzung des Art. 310 des A. D. HGB. bestelltes Handelspfand betrifft, so trifft zwar die Voraussetzung des §. 117 Abs. 2 (Befugniß sich ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen) strenge genommen nicht zu; denn Art. 310 Abs. 2 des A. D. HGB. gebietet „bei dem Gerichte nachzusuchen." Nachdem aber an und für sich[17]) das Gericht dem Gläubiger auch den freihändigen Verkauf gestatten kann[18]), so ist zu unterscheiden, einmal ob diese Gestattung dem Gläubiger bereits vor Eröffnung des Konkurses ertheilt wurde — denn außerdem kann diese Erlaubniß nicht mehr eingeholt werden —, und andererseits ob diese Erlaubniß bereits so gewährt wurde, daß der Gläubiger das Gericht in der Sache überhaupt nicht weiter anzugehen braucht. Treffen diese Voraussetzungen zu, so kann keinenfalls bezweifelt werden, daß §. 117 Abs. 2 zur Anwendung kommt[19]). Ich gehe aber einen Schritt weiter; ich stimme mit Anschütz[20]) vollkommen überein, daß, mag auch die Veräußerung mittelst gerichtlicher Versteigerung erfolgen, doch in den Fällen der Art. 310 und 311 des A. D. HGB. immer nur der Gläubiger der Verkäufer ist; daß daher der Fall eines Han-

---

16) Als legislativen Grund für die in §. 117 Abs. 2 getroffene Ausnahme führen die Motive an, daß in derartigen Fällen nicht blos der Zeitpunkt, sondern auch die Art des Verkaufes in Frage stehe und gerade diese letztere häufig für den Erfolg von wesentlicher Bedeutung sei, so daß die Entziehung derselben in vielen Fällen zu einer materiellen Beschädigung des Pfandgläubigers führen würde.

17) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. III S. 177.

18) Anders natürlich, wenn die Landesgesetzgebung hier modifizirt hat; so schloß das Bayer. Einf.-Ges. Art. 48 einen Verkauf durch den Gläubiger selbst aus, vgl. Lutz, Kommentar zum Einf.-Ges. S. 138 ff. An die Konkursmasse braucht aber auch nach diesen Bestimmungen der Gläubiger natürlich das Objekt niemals einzuliefern, das Recht der abgesonderten Befriedigung bleibt ihm sicherlich unter allen Umständen. Hätte das Gericht den Verkauf durch einen Handelsmäkler bereits verfügt, so ist dies wie der Fall einer freihändigen Veräußerungs-Genehmigung zu behandeln.

19) Dies sprach App.-Rath Dr. Hauser bei der Berathung aus, vgl. K. Pr. S. 87. Vgl. auch das Erk. des ROHG. vom 20 Juni 1874 in Bd. XIV S. 29.

20) A. a. O. S. 181.

delspfandes immer nach Abs. 2 des §. 117 der KO. zu behandeln kommt [21]).

l. (eine Frist bestimmen).

Diese Frist ist natürlich möglichst kurz anzusetzen, damit der Verwalter bald in den Stand gesetzt wird, zu ermessen, wie viel der etwaige Mehrerlös beträgt.

k. (zu verwerthen hat).

Das Gericht bestimmt nur die Frist, innerhalb welcher die Verwerthung geschehen soll. Den Termin der Verwerthung selbst setzt der Gläubiger an [22]); und hievon muß er — dies liegt in der Natur der Sache — den Konkursverwalter benachrichtigen [23]). Betrifft die Verwerthung ein Handelspfand, bei welchem vor der Konkurseröffnung das Handelsgericht noch nicht angegangen war, so ersetzt natürlich das Anrufen des Konkursgerichtes durch den Verwalter nicht die im Handelsgesetzbuche vorgezeichnete Prozedur. Vielmehr ist hier die Frist zur Verwerthung als jene Frist anzusehen, innerhalb welcher der Gläubiger die erforderlichen Schritte beim Handelsrichter zu bethätigen hat.

l. (findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung).

Das Präjudiz, welches den Gläubiger trifft, der die zur Verwerthung bestimmte Frist versäumt, ist, daß das Pfand nunmehr der gewöhnlichen Zwangsversteigerung unterworfen wird, daß er also die Befugniß des freihändigen Verkaufs, der Veräußerung durch den Handelsmäkler u. s. w. verliert.

---

21) Diese weitergehende Ansicht wird von den übrigen Rechtslehrern nicht getheilt. Vgl. v. Sarwey S. 643; Stieglitz S. 501; v. Wilmowski S. 378.

22) Also das Konkursgericht verfügt auf Antrag des Verwalters, welcher 8 Tage Frist wünscht, und nach Anhörung des Gläubigers, welcher mindestens vier Wochen zu bedürfen vorgibt, z. B. am 1. Januar 1880, die Verwerthung müsse bis 15. Januar vollzogen sein. Den Tag und die Stunde aber, wann innerhalb dieser Zeit vom 1.—15. Januar die öffentliche Versteigerung stattfindet, bestimmt immer noch der Gläubiger.

23) Analog der Vorschrift des Art. 311 des A. D. HGB.

§. 118.

Provisorische Verfügungen ohne Gläubigerversammlung.

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung [a]) kann der Verwalter [b]) mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gericht ein Gläubigerausschuß bestellt ist [c]), mit dessen Genehmigung [d]) dem Gemeinschuldner und der Familie desselben [e]) nothdürftigen Unterhalt [f]) aus der Konkursmasse gewähren.

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen oder fortzuführen [g]) und die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichts zu hinterlegen [h]). Ist von dem Gericht ein Gläubigerausschuß bestellt, so beschließt dieser [i]) über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten.

I. E. §. 130; II. E. §. 118; Pr. H. E. — Pr. KO. §§. 162, 144, 161 Abs 3; B. Pr. O. Art. 1209 Abs. 2.

a. (Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung).

Der vorstehende Paragraph behandelt die vom Verwalter selbständig zu ergreifenden dringlichen Maßnahmen, besonders dasjenige, was in der Zwischenzeit von Eröffnung des Konkurses bis zum Eintritt der in §. 102 der KO. bezeichneten Termine zu thun nöthig wird. Indessen tritt die Vorschrift in §. 118 Abs. 1 nicht blos in dem Zeitraume bis zur Einberufung der ersten Gläubigerversammlung (§. 102 der KO.) in Kraft [1]), sondern sie erstreckt sich auch auf die Zeit nach derselben, so lange ein Beschluß der Gläubiger über die Frage nicht vorliegt. Z. B. es wird am 1. Januar 1882 der Konkurs über den bei der Wechslerbank angestellten Hauptkassier A eröffnet; am 20. Februar findet die erste Gläubigerversammlung statt, welche mit Rücksicht auf das Salair des A keinen Anlaß hat, ihm eine Kompetenz auszuwerfen. Am 1. März stellt die Bank plötzlich ihre Zahlungen ein. A wird mit allen Bediensteten ent-

---

1) Entgegengesetzter Ansicht ist Fitting §. 23 Note 44, v. Sarwey S. 643 Nr. 1, Stieglitz S. 502. Mit mir stimmt überein v. Wilmowski S. 379.

lassen und ist nun mit seiner Familie brodlos. Hier kann, bis die Gläubigerversammlung wieder zusammentritt[2]), nach §. 118 Abs. 1 der KO. verfahren werden.

b. (kann der Verwalter).

Der Verwalter ist zwar nicht absolut verpflichtet, dem Gemeinschuldner einen Unterhaltsbeitrag zuzusprechen, er kann, falls er das Bedürfniß nicht gegeben erachtet, diese Zuwendung verweigern. Allein wenn er das Bedürfniß nicht in Abrede zu stellen vermag, kann er nicht blos, sondern er soll allerdings den Unterhalt bewilligen, er darf den Gemeinschuldner nicht etwa auf die Gläubigerversammlung vertrösten; denn inzwischen kann dieser nicht von der bloßen Hoffnung leben[3]).

Wenn der Verwalter bereit ist, das Gericht aber die Genehmigung versagt, kann das Obergericht im Beschwerdeweg angegangen werden[4]).

Wie aber, wenn das Konkursgericht glaubt, es gebühre dem Schuldner eine Unterstützung, der Verwalter aber gewährt sie nicht?

Nach meiner Meinung darf der Konkursrichter gegen den Willen des Verwalters keineswegs eine Kompetenz aussprechen[5]); es kann aber in einem solchen Falle dem Gemeinschuldner auch nicht zugestanden werden, gegen die Verweigerung das Verwalters das Obergericht anzugehen, denn dieses hat nur Zuständigkeit, einen Ausspruch des Untergerichtes abzuändern, wenn dieser den Schuldner beschwert; wo aber das Untergericht kein Verfügungsrecht hat, kann ein solches auch dem Obergerichte nicht zustehen. Es muß daher der Richter eine Gläubigerversammlung berufen und einstweilen die Armenpflege interveniren[6]).

---

2) Und es ist gar nicht nöthig, wegen dieser Beschlußfassung allein eigens eine Gläubigerversammlung zu berufen.

3) Ein rechtlicher Anspruch besteht nicht, klagweise kann also der Gemeinschuldner eine Kompetenz nicht beanspruchen; auch ist nicht etwa die Armenpflege berechtigt, wegen Verweigerung des Unterhaltes an den Schuldner, weil er nun ihr zur Last fällt, Beschwerde zu führen.

4) Ebenso Petersen S. 378, Stieglitz S. 503, v. Wilmowski S. 379. Dagegen läßt Fitting §. 23 Note 45 keine Beschwerde zu.

5) In den Motiven (zum II. E. S. 350) ist erörtert, daß die im Pr. Konkursrechte bisher den Gerichten zugestandene Befugniß, entscheidend in dieser Frage einzugreifen, Grund zu Klagen gegeben habe; „es handelt sich" — heißt es weiter — „um eine Schmälerung der Masse ohne zwingende Verpflichtung und hiefür kann nur der Wille der Gläubiger, zu deren Befriedigung die Masse bestimmt ist, entscheidend sein."

6) Daß die Gläubigerversammlung einen vom Verwalter oder dem Ausschusse

c. (wenn von dem Gericht ein Gläubigerausschuß bestellt ist).

Dies ist nicht wörtlich zu nehmen. Setzen wir folgenden Fall: in der Gant des Gutsbesitzers A ist von der ersten Gläubigerversammlung am 1. Juni 1880 ein Gläubigerausschuß gewählt worden; A hatte neben seinem in die Masse fallenden Privatvermögen noch eine Rente von 2100 Mark aus einer Familienstiftung zu beziehen und man glaubt daher, derselbe bedürfe keines aus der Masse zu gewährenden Unterhaltes. Am 4. Juni aber verfügt die Stiftungsverwaltung auf Grund der Statuten[7]) die Einziehung der Rente; zugleich erkrankt A und bedarf dringender Hülfe. Hier braucht meines Erachtens nicht auf das Zusammenkommen einer Gläubigerversammlung gewartet zu werden. Provisorisch, bis diese stattfindet, kann der Verwalter die nothwendigste Fürsorge treffen, bedarf aber hiezu der Genehmigung des Ausschusses, obwohl derselbe nicht ein „vom Gerichte bestellter", sondern ein gewählter ist.

d. (mit dessen Genehmigung).

Im Falle ein Gläubigerausschuß bestellt oder gewählt ist, hat dieser den Verwalter zu ermächtigen und es braucht nicht auch noch die Genehmigung des Gerichtes dazu zu kommen.

Wie ist es nun, wenn der Verwalter bewilligen will, der Gläubigerausschuß aber die Genehmigung versagt? Hier tritt dasselbe ein, wie oben (lit. b) erörtert wurde; das Gericht hat keine Befugniß, gegen den Willen der Gläubiger und ihrer Vertreter über die Masse zu verfügen. Die Genehmigung des Gerichtes ist zwar nöthig für den Verwalter, um aus der Masse Etwas zu bewilligen, weil hier das Gericht die Zustimmung der Gläubiger surrogiren muß; wenn aber ein Ausschuß bestellt ist, hört diese richterliche Kuratel naturgemäß auf. Denn das Gericht ist nur für die Masse als kuratelmäßige Sicherheit zugezogen.

e. (dem Gemeinschuldner und der Familie desselben).

Die hier gewählte Bezeichnung: „Familie" ist eine andere als in §. 1 Abs. 2 der KO., wo es heißt: „Ehefrau und Kinder". Es fragt sich nun, liegt hierin Absicht oder wollte das Gesetz in beiden Fällen dasselbe ausdrücken?

---

bewilligten Unterhalt sofort ohne Antrag wieder einziehen oder mindern kann, versteht sich von selbst. Vgl. übrigens die Erl. lit. a zu §. 120.

7) Es kann z. B. in diesen bestimmt sein, daß Jemand wegen unwürdigen Lebenswandels der Familienrechte verlustig erklärt werden kann und die Administratoren halten die Konkursmäßigkeit für eine solche „Unwürdigkeit".

Der Ausdruck „Familie“ wird in verschiedenem Sinne gebraucht [8]); im engeren Sinne heißt so die Gemeinschaft, welche die Ehegatten unter sich und mit ihren Kindern verbindet; „Familie“ heißt aber auch jene weitere Verbindung, in welcher der Hausvater zu der Gesammtheit der ihm untergeordneten Hausgenossenschaft steht, und in diesem Sinn gehören hiezu außer Weib und Kind auch die gebrödeten Diener des Hauses und alle anderen in den häuslichen Verband aufgenommenen Personen [9]). Andere [10]) nennen wieder „Familie“: die Gesammtheit der unter einem Hausvater stehenden Verwandten.

Ich glaube, daß für den Ausdruck in §. 118 der KO. die letztere Bedeutung anzunehmen ist. Hätte dieser Paragraph mit dem Worte „Familie“ nur die Ehefrau und die Kinder bezeichnen wollen, so würde wohl nicht ein anderer Ausdruck als in §. 1 Abs. 2 gewählt worden sein; andererseits wäre eine Hereinziehung der Dienerschaft [11]) in Rücksicht auf die Rechte der Gläubiger nicht wohl zulässig. Es scheint mir demnach unter „Familie“ des Gemeinschuldners vor Allem dessen Frau und Kinder, dann aber auch die mit ihm unter einem Dache wohnenden Verwandten begriffen zu sein [12]). Wenn demnach z. B. eine unverheirathete Schwester dem Junggesellen Adolph die Haushaltung führt und dieser

---

8) Bluntschli und Brater, deutsches Staatswörterbuch Bd. III S. 495.

9) Die größte Familie in diesem Sinne hat bekanntlich der heilige Vater; „la Famiglia del Papa“ beträgt nach dem Annuario Pont. weit über 1000 Personen.

10) Z. B. Sanders, deutsches Wörterbuch. Grimm (S. 234) gibt keine Definition, sondern bezeichnet den Ausdruck als ein erst spät recipirtes Fremdwort, weshalb ich nicht anstehe, auch die Definition der Franzosen zu erwähnen; das Dictionnaire de l'Académie Française sagt: toutes les personnes, d'un même sang, während Littré definirt: toutes les personnes, parents ou non, maîtres ou serviteurs, qui vivent sous le même toit.

11) Distinguendum est: wenn der vom Schlag gerührte Banquier Silbersack in Konkurs geräth, kann er beanspruchen, daß ihm aus der Masse provisorisch so viel bewilligt werde, um den Diener, der ihn heben und legen muß, zu bezahlen. Allein dann wird nicht der Diener als Familienglied unterhalten, sondern der Bedarf für den Diener gehört zum nothwendigen Unterhalt des Gemeinschuldners selbst.

12) Petersen S. 380 u. v. Wilmowski S. 379 Nr. 2 stimmen mir zu. v. Sarwey S. 644 u. Stieglitz S. 504 verstehen dagegen unter Berufung auf §. 4 Nr. 3 des Gesetzes v. 21. Juni 1869 über Beschlagnahme des Lohnes unter der „Familie“ nur diejenigen Angehörigen, welche der Gemeinschuldner zu alimentiren verpflichtet ist.

kommt in Konkurs, so kann der Verwalter den nothdürftigen Unterhalt aus der Masse auch für diese Schwester [13]) auswerfen. Wenn aber der Gemeinschuldner etwa bisher eine auswärts lebende alte Schwester unterstützt hatte, so wird der Verwalter nicht befugt sein, auch für diese eine Unterstützung aus der Masse zu bewilligen. Anders bei Frau und Kindern. Ich glaube nicht, daß z. B. der Sohn des Kridars, weil er auf einer auswärtigen Universität studirt, von der Wohlthat des §. 118 ausgeschlossen ist [14]). Sonach würde die Sache sich also etwa so stellen: die Familie im Sinne des §. 118 der KO. begreift Frau und Kinder, einerlei, ob häusliche Gemeinschaft besteht oder nicht, andere Verwandte aber dann, wenn sie mit dem Gemeinschuldner in häuslicher Gemeinschaft leben.

Handelt es sich um eine Alimentationspflicht des Schuldners z. B. gegenüber einer geschiedenen Frau, so wird wohl auch hiefür der Verwalter die momentane Obsorge zu treffen haben [15]).

Ich bemerke aber ausdrücklich, daß meines Erachtens durch §. 112 überhaupt nur die augenblickliche Noth beseitigt werden soll; im großen Ganzen darf man nicht etwa die Masse, welche das rechtmäßige Befriedigungsobjekt der Gläubiger bildet, als Substituten der gesetzlichen Armenpflege behandeln wollen.

Daß der Familie des Gemeinschuldners auch dann, wenn über einen Nachlaß Konkurs eröffnet wird, der nothdürftige Unterhalt aus diesem Nachlasse gewährt werden dürfe, ist in den Motiven ausdrücklich erwähnt f. (nothdürftigen Unterhalt).

I. Was als „nothdürftig" zu erachten, steht vor Allem im Ermessen des Verwalters [16]). Daß hiebei auch die Würdigkeit des Gemeinschuldners [17]) wird in die Wagschale fallen, liegt in der menschlichen

---

13) Das heißt, so lange sie dem Gemeinschuldner die Haushaltung fortführt.

14) Eine andere Frage natürlich ist, ob dem Gemeinschuldner nicht eröffnet werden kann, daß ein Fortstudiren des Sohnes unter den gegebenen Verhältnissen auf Kosten der Masse nicht stattfindet. Im Text wird nur die Frage des momentanen Bedürfnisses ins Auge gefaßt.

15) Alimente unehelicher Kinder werden zwar im Allgemeinen lediglich als Konkursforderungen anzusehen sein; doch würde es wohl nicht gegen §. 74 verstoßen, wenn ein Verwalter, soferne er momentane Hülfe für benöthigt erachtet, auch diesem Theil der „Familie" nothdürftigen Unterhalt aus der Masse reicht.

16) Was hier vom Verwalter gesagt wird, gilt auch für den Fall des §. 120 von der Gläubigerversammlung.

17) Die Motive a. a. O. bemerken, es sei nicht für angezeigt erachtet worden,

Natur. Der Verwalter und die Gläubiger werden den unverschuldet zahlungsunfähig Gewordenen von selbst besser stellen, als den leichtsinnigen Verschwender.

Bei Bemessung desjenigen, was als „nothdürftig" zu erachten sei, ist auf den Stand keinerlei Rücksicht zu nehmen, wohl aber auf die allgemein menschlichen Verhältnisse [18]). Zum Leben braucht der Gemeinschuldner als Mensch, ob er früher Taglöhner oder Bankier war, gleich viel, aber der kranke, alte Taglöhner braucht mehr wie der junge, gesunde Bankier, denn dieser letztere kann im Nothfall Steine tragen und sein Brod verdienen.

II. Bezieht ein Gemeinschuldner anderswoher ein Einkommen, welches vom Konkurse nicht ergriffen wird, so besteht von vornherein keine Nothdurft. Wäre also z. B. der Kridar Fideicommißbesitzer und bezöge als solcher bereits eine Kompetenz, oder ist er angestellt und hat daher einen von der Exekution freien Bezug, so kann er aus der Masse Nichts weiter begehren. Ebenso aber, wenn er nach §. 1 Abs. 2 aus dem Nießbrauche, der ihm am Vermögen seiner Ehefrau oder Kinder zusteht, die Mittel zum angemessenen Unterhalt bereits bezieht. Ich gehe aber noch weiter; auch wenn die Ehefrau oder die Kinder Vermögen besitzen, an welchem dem Gemeinschuldner ein Nießbrauch nicht zusteht, ist kein Anlaß, ihn aus der Masse zu unterhalten. In solchem Falle liegt die Pflicht des Unterhaltes primär auf der Frau und den Kindern.

III. Der „nothdürftige Unterhalt" kann zum Theile auch darin bestehen, daß der Verwalter den Gemeinschuldner mit seiner Familie in der bisherigen Wohnung — deren Miethe nach der Konkurseröffnung zu Lasten der Masse geht — beläßt. Die Bayr. Pr.-O. von 1869 schrieb in Art. 1209 Abs. 1 dies besonders vor. Die Motive zu §. 118 bemerken: „es wäre eine unnütze Härte, dem Gemeinschuldner die bisherige Wohnung zu entziehen, so lange sich nicht Gelegenheit zu einer anderen für die Gläubiger nützlicheren Verwerthung derselben bietet." Dies wird also der Gesichtspunkt sein, von dem aus bezüglich der Erlaubniß zur Wohnungsbenützung der Verwalter auszugehen hat. Findet sich Jemand, der z. B. die bisher vom Kridar innegehabte I. Etage sofort beziehen

---

diese Würdigkeit als gesetzliche Voraussetzung der Unterhaltsgewährung zu bestimmen, „Verwalter, Ausschuß oder Gericht mögen selbst erwägen, welches Gewicht sie auf die moralische Würdigkeit des Gemeinschuldners legen wollen."

18) Denn hier heißt es nicht, wie in §. 1 Abs. 2 „angemessen". Vgl. Abth. I S. 94.

will und in die Miethe eintritt, so muß sich der Gemeinschuldner eben um eine andere Unterkunft umsehen. Wenn aber die Wohnung erst am kommenden Ziele vermiethet werden kann und nicht etwa zur Unterbringung der Masse (vgl. oben S. 263) benöthigt wird, weshalb sollte der Verwalter die Familie nicht einstweilen in den (wenn auch für ihre Verhältnisse nicht mehr passenden) Räumen lassen?

Zu erwähnen ist nur noch [19]), daß dieses Fortwohnen-Lassen natürlich nicht gegenüber solchen Realgläubigern statthaft ist, welche etwa die Immission in das Immobile erlangen.

IV. Wenn der Gemeinschuldner der Masse Dienste zu leisten hat, so ist zu unterscheiden, ob dieselben noch unter den §. 92 der KO. subsumirt werden können oder nicht [20]). Letzteren Falls kann er wie jeder Dritte hiefür entsprechende Vergütung begehren. Der Verwalter kann daher dem Gemeinschuldner nicht etwa zumuthen, unentgeltlich die Aufsicht über die Fabrik fortzuführen, oder wenn er Theaterdirektor war, auch nach der Konkurseröffnung die Stücke einzustudiren, die Regie zu leiten oder gar selbst mitzuspielen. Wohl aber kann der Verwalter, um den Fall der Nothdurft zu beseitigen, dem Gemeinschuldner anbieten, ihn zu Dienstleistungen für die Masse zu verwenden und zu honoriren. Der Schuldner darf, ohne seinen Anspruch auf Unterhalt zu verlieren, dies nicht ablehnen.

g. (nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen oder fortzuführen).

I. „Die Fortführung des Geschäftes des Schuldners wird häufig wünschenswerth, nicht selten, namentlich bei Fabrikgeschäften, zur Abwendung großer Nachtheile geradezu nothwendig sein" (Motive). Es entscheidet aber darüber nach der KO. lediglich der Verwalter [21]). Ist der

---

19) Das Berliner Obertribunal hat in seinem Erk. vom 2 Dezember 1869 (Striethorst Bd. 78 S. 3) nicht im entgegengesetzten Sinn entschieden. Denn hier ist lediglich der vollkommen richtige Satz ausgesprochen, daß dem Hypothekgläubiger, zu dessen Befriedigung der Erlös aus dem Hause nicht gereicht hat, von der Konkursmasse nicht begehren kann, sie solle für die dem Gemeinschuldner eingeräumte Wohnung Miethentschädigung behufs Vermehrung der Immobiliarmasse einzahlen.

20) Wenn der Verwalter vom Schuldner verlangt, derselbe solle seine Bücher ordentlich abschließen, bei der Inventarisirung helfen u. s. w., so ist er hiezu wie ich glaube durch §. 92 berechtigt und der Schuldner kann kein Honorar begehren.

21) Soferne noch kein Ausschuß bestellt ist.

Konkursrichter nicht mit der Entscheidung einverstanden, so kann er sie nicht etwa abändern, sondern er kann nur entweder sofort eine Gläubigerversammlung berufen, oder einen Ausschuß bestellen, der dann den Verwalter reformiren kann. Hieraus ergibt sich auch, daß der Gemeinschuldner gegen die Verfügung des Verwalters kein Beschwerderecht hat.

II. Führt der Verwalter das Geschäft fort, so tritt er in alle Befugnisse eines Eigenthümers ein, wie bereits früher (vgl. Abth. I S. 127) erörtert wurde. Es fragt sich nun aber, wie verhält es sich in solchem Falle mit den Einschränkungen der Verwaltungsbefugnisse, welche in den §§. 121—123 der KO. enthalten sind. Muß der Verwalter beispielshalber zur Vornahme einer der in §. 121 Ziff. 2 aufgeführten Handlungen die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder gar zur Vornahme einer in §. 122 Ziff. 2 bezeichneten Handlung die Erlaubniß der Gläubigerversammlung auch dann einholen, wenn diese Rechtshandlungen im Fortbetriebe des schuldnerischen Geschäftes erfolgen? Da in §. 121 Ziff. 1 für den einen Fall (nicht dringenden Verkauf von Massegegenständen) die Ausnahme beim Geschäftsbetriebe ausdrücklich gemacht ist, muß angenommen werden, daß in allen anderen Fällen keine Ausnahme stattfinden soll. Die meisten der in den erwähnten Paragraphen genannten Handlungen sind ohnehin solche, welche ihrer Natur nach nicht leicht zum Geschäftsbetriebe gehörig sind [22]) und jedenfalls nicht so absolut dringend erscheinen, daß der Verwalter nicht mindestens den Ausschuß [23]) befragen könnte.

III. Daß beim Fortbetriebe des Geschäftes sowohl die gewerbepolizeilichen Vorschriften (insbesondere die Vorschriften der Gewerbeordnung über die Zulässigkeit der Führung eines Gewerbes durch Stellvertreter) als die Steuergesetze zu befolgen sind, versteht sich von selbst. Die Steuer für den Betrieb fällt der Masse zur Last [24]).

---

22) Wenn man unter „Forderungsveräußerung" auch das Weiterbegeben von Wechseln und unter „Aufnahme von Darlehen" auch Kreditkäufe versteht, dann kommen allerdings diese beiden Arten von Handlungen in einem größeren Geschäftsbetriebe vor. Indessen wird eben der Verwalter, bevor ein Ausschuß bestellt ist, derartige Manipulationen leicht unterlassen können, und ist ein Ausschuß bestellt, so macht es ja keine große Mühe, ihn zu befragen.

23) Den ja der Richter im Nothfall sofort ernennen kann.

24) Die Motive erwähnen in dieser Richtung eine interessante Entscheidung der Preußischen Behörden. Der Fall war folgender: Der Gemeinschuldner hat seine Gewerbesteuer als Kaufmann bis 31. März bezahlt; am 19. März wird über ihn der Konkurs eröffnet. Der Verwalter beschließt in Uebereinstimmung mit dem Ausschuß, das Geschäft sei zu schließen, indessen

Wenn die Gesetze oder Verordnungen aussprechen, daß die Konzession durch Vergantung des Gewerbeinhabers erlischt oder daß das Geschäft durch einen Stellvertreter überhaupt nicht betrieben werden kann, so muß natürlich die Masse auf die Fortführung verzichten.

Zu der letzteren Kategorie gehört vor Allem der Fall, daß der Gemeinschuldner ein Geschäft treibt, wozu nach der Gewerbeordnung eine Approbation erforderlich ist. Es kann natürlich nicht der Verwalter anstatt des Gemeinschuldners ärztliche Praxis ausüben, oder es können (wo die Feldmesser landesgesetzlich öffentlich angestellt werden) nicht an der Stelle des Verganteten die Feldvermessungen auf Rechnung der Masse betrieben werden. Als Mittel zum Fortbetrieb des Geschäftes bietet sich aber in solchen Fällen immerhin eine Verständigung mit dem Gemeinschuldner [25]).

h. (nach Anordnung des Gerichtes zu hinterlegen).

Das Gericht hat nicht nur anzuordnen, wo, sondern auch was zu hinterlegen ist. Das heißt, der Verwalter hat 1) beim Konkursrichter eine Verfügung nachzusuchen, ob er die in §. 118 Abs. 2 bezeichneten Gegenstände bei dem gerichtlichen Depositorium oder bei einer öffentlichen Anstalt oder bei einer Bank oder Privatperson hinterlegen soll; und hiebei kann ihm der Richter unzweifelhaft auch gestatten, die Sachen, namentlich wenn sie weniger erheblich sind oder wenn er selbst genügende

---

keine Versteigerung zu halten, sondern die Waare im sogenannten Ausverkaufe nach und nach zu räumen. Diesen Ausverkauf hat sowohl die oberste Verwaltungsbehörde als das Obertribunal in Preußen für steuerfrei erklärt. Ich wäre anderer Ansicht. Gibt die Masse das Lager nicht einem (schon besteuerten) Trödler zum Ausverkauf, sondern führt den Verkauf durch Bedienstete in einem eigenen Laden durch, so sehe ich keinen Grund, derselben die Steuer zu schenken. Ich fürchte, wenn die Steuerfreiheit bekannt würde, so endigte ein solcher Ausverkauf nie mehr; es ist ja jetzt schon üblich, die „Konkursausverkäufe“ als Mittel zu verwenden, alle möglichen Schwindelwaaren und Ladenhüter wegzubringen.

25) Wenn kein Betriebskapital erforderlich ist, oder das Geschäft ohne Einrichtung fortbetrieben werden kann, wird es der Gemeinschuldner natürlich für sich selbst fortführen und den Ertrag nach §. 1 der KO. für sich behalten dürfen. Der Arzt, welcher seine Praxis durch Krankenbesuche führt, hat keinen Anlaß, nach der Konkurseröffnung für die Masse zu arbeiten; dagegen läßt sich denken, daß der Inhaber einer Privatirrenanstalt, um den Verkauf seines Hauses und seiner Zimmereinrichtungen zu vermeiden, sich mit seinen Gläubigern verständigt, daß die Anstalt einstweilen auf Rechnung der Masse von ihm gegen Honorar fortgeführt wird.

Sicherheit bietet, im eigenen Verwahr zu behalten. Es ist aber 2) der richterliche Ausspruch auch dafür maßgebend, wie viel von den vorhandenen Beständen oder eingehenden Geldern der Verwalter zu laufenden Verwaltungsausgaben zurückbehalten darf und was er anlegen soll. Es empfiehlt sich, daß hierin der Richter etwas streng ist und namentlich darauf dringt, daß für irgend erhebliche Massen bei einer Bank ein Kontokorrent aufgemacht wird, um die Gelder sofort verzinslich anlegen zu können, ohne doch in den Ausgaben beengt zu sein.

i. (so beschließt dieser).

I. Die Voraussetzung ist auch hier nicht, daß gerade vom Gerichte der Ausschuß bestellt ist[26]), sondern überhaupt, daß ein Ausschuß besteht. Nun wird allerdings die Frage in der Regel lediglich an den vom Gerichte bestellten Ausschuß herantreten; denn da die Gläubigerversammlung, welche nach §. 79 Abs. 2 den Ausschuß wählt, auch nach §. 120 über die Fortführung oder Schließung des Geschäftes beschließt, so wird die Entscheidung dem gewählten Ausschuß schon vorweggenommen. Allein wenn auch natürlich ausgeschlossen ist, daß im Falle die Gläubigerversammlung das Schließen des Geschäftes verfügt hat, der Ausschuß später es fortführen, das heißt wieder eröffnen kann, so ist doch folgende Kombination denkbar: Die Gläubigerversammlung, welche den Ausschuß wählt, beschließt Fortführung des Geschäftes; später treten Umstände ein, welche den Verwalter bestimmen, die sofortige Schließung als im Interesse der Masse gelegen und als absolut unverschieblich zu beantragen. Hier kann meines Erachtens (vorbehaltlich späterer Genehmigung der Gläubigerversammlung) allerdings auch der gewählte Ausschuß in die Lage kommen, über Schließung oder Fortführung des Geschäftes zu entscheiden.

II. Der Ausdruck: „so beschließt dieser" zeigt, daß das Gericht über diesen Beschluß nicht hinauskann. Es mag sein, daß der Gemeinschuldner es ganz gegen sein Interesse findet, was der Ausschuß beschließt[27]), und es ist auch nicht zu verkennen, daß ein Geschäft, wenn es einmal geschlossen wurde, auch im Falle wenn es nachträglich wieder eröffnet wird, doch jedenfalls beschädigt erscheint, so daß gegen den Beschluß auf Schließung des Geschäftes die Appellation an eine Gläubigerversammlung zur Ab-

---

26) Die Diktion scheint dieser Ansicht zu widersprechen, indeßen dürfte dieselbe nur nach der Mehrheit der Fälle gewählt sein.

27) Bei der Fortführung wird dies nicht wohl vorkommen, wohl aber bei der Schließung, z. B. wenn der Schuldner hofft mittelst Vergleiches rasch aus der Gant zu kommen.

wendung des Schadens nicht genügt; allein es ist in der Konkursordnung nirgends[28]) dem Richter die Befugniß eingeräumt, den Gläubigerausschuß zu reformiren oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu untersagen. Sonach kann dem Schuldner, wenn der Richter ihm beistimmt, nur durch möglichst rasche Einberufung einer Gläubigerversammlung geholfen werden.

---

§. 119.

Berichterstattung des Verwalters in der ersten Gläubigerversammlung.

In der ersten Gläubigerversammlung hat der Verwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit[a]) des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache[b]) und über die bisher ergriffenen Maßregeln[c]) zu berichten[d]).

I. E. §. 131; II. E. §. 119; Pr. H. E. Art. 814; Pr. KO. §. 163; B. Pr. O. —

a. (über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit).

Der vorstehende Paragraph behandelt die Berichterstattung des Verwalters in der ersten Gläubigerversammlung, weil diese die Grundlage der in derselben zu fassenden Beschlüsse bildet.

Im Allgemeinen nun interessirt die Gläubiger wohl nur die Thatsache, daß sie nicht ihre Befriedigung erhalten und wie viel von ihren Forderungen verloren geht; es ist ihnen in der Regel ziemlich gleichgiltig, warum der Schuldner nicht zahlen kann. Indessen darf nicht vergessen werden, daß nicht nur manche Maßnahmen während des Verfahrens (z. B. die Art und Höhe des dem Gantirer zu gewährenden Unterhaltes) davon abhängen, ob der Betreffende mit oder ohne Schuld in Abwesen gerathen ist, sondern daß hauptsächlich der Akkord und das Eingehen der Gläubiger auf einen solchen ganz wesentlich durch die Ursachen und Gründe der Zahlungsunfähigkeit erleichtert oder erschwert wird. Der Bericht des Verwalters hat sich daher nicht auf die faktischen Momente der Zahlungseinstellung und auf eine Zusammenstellung der Ziffern, welche sie begründen, zu beschränken, sondern auch die Lebensweise des Schuldners und seiner Familie, seine Geschäftsgebahrung im Allgemeinen, die Art seiner Vermögensverwaltung, die Gewagtheit seiner Spekulationen, die sonstigen etwa maßgebenden Ereignisse (Verkehrsstockungen, politische Einwirkungen auf die Geschäfte, Einfluß fremder Fallissements u. s. w.) in

---

28) Wie dies hinsichtlich der Gläubigerversammlung der Fall ist, vgl. §. 91.

das Auge zu fassen. Er hat mit einem Worte die Gründe klar zu stellen, aus denen der Gemeinschuldner insolvent geworden ist. Daß hiebei [1]), namentlich wenn es sich um einen Kaufmann handelt, die Beschaffenheit der Buchführung von der wesentlichsten Bedeutung ist, versteht sich von selbst. Der Verwalter und die Gläubiger haben sich hievon persönlich zu überzeugen und können die Bücher auch einer technischen Revision unterziehen lassen [2]).

b. (über die Lage der Sache).

Dieser Theil des Berichtes umfaßt vor Allem den bisher ermittelten Stand der Aktiven und Passiven [3]); er hat die angemeldeten Aussonderungs- und Absonderungsrechte zu behandeln; er muß ferner darlegen, welche Aussichten auf Realisirung der etwaigen Ausstände, auf Verwerthung der Massegegenstände u. s. w. bestehen. Hiezu gehören denn wohl auch Vorschläge über die zunächst zu ergreifenden Maßregeln, namentlich über Fortführung oder Schließung des Geschäftes, und über diejenigen Verfügungen, zu welchen eine Zustimmung der Gläubiger erforderlich ist.

c. (die bisher ergriffenen Maßregeln).

Diese Maßregeln sind die in §. 118 der KO. erwähnten, dann dasjenige, was der Verwalter auf Grund der §. 107, 111 Abs. 2 und der §§. 112 bis 117 gethan hat.

d. (berichten).

I. Ob dieser Bericht mündlich geschehen muß, oder auch schriftlich durch Vorlage vor oder in der Gläubigerversammlung [4]) geschehen darf, ist im Gesetzestexte nicht ausgesprochen; in den Motiven aber heißt es, daß derselbe mündlich geschehen müsse, weil dieses zur Information der Gläubiger besser diene, eine stärkere Betheiligung der Gläubiger bei der Versammlung bewirke und die Ausübung des Fragerechts derselben wesentlich erleichtere. Diese Gründe sind allerdings sehr beachtenswerth, allein nachdem das Gesetz selbst die Mündlichkeit nicht gebietet, und in der Praxis der mündliche Vortrag nicht immer ausführbar sein wird [5]),

---

1) Motive.

2) Manche Gesetzgebungen machen eine solche Revision obligatorisch; das ist sie nach unserer Konkursordnung nicht; es hängt lediglich von den Umständen ab, ob sie als nöthig oder wünschenswerth erscheint.

3) Hiebei erläutert er das Inventar und die aufgestellte Bilanz.

4) Dies war in §. 163 der Pr. KO. vorgeschrieben und die Novelle v. 12. März 1869 hatte die Auflegung des Berichtes im Gerichtslokale verordnet. Die Motive bemerken, es habe aber doch Niemand den Bericht gelesen.

5) Nicht blos deshalb, weil an sehr vielen Amtsgerichtssitzen oder in deren

erachte ich den schriftlichen Vortrag keineswegs für absolut ausgeschlossen[6]). Nur muß dieser schriftliche Vortrag in der ersten Gläubigerversammlung jedenfalls vorgelesen werden[7]), einerlei ob vom Verwalter oder einem Anderen.

II. Daß die Gläubiger Aufklärungen verlangen dürfen, versteht sich von selbst. Insbesondere kann auf Grund des §. 92 der KO. auch der Gemeinschuldner zur Ertheilung von Aufschlüssen und zur Erklärung über die Ursachen der Zahlungseinstellung verhalten werden[8]).

III. Die in §. 120 der KO. näher bezeichneten Beschlüsse der Gläubigerversammlung erfolgen jedenfalls erst nach der Berichterstattung, dies folgt schon aus der Stellung der Paragraphen. Dagegen ist im Gesetze darüber nichts bestimmt, ob die in §. 72 der KO. enthaltene Neuwahl eines Verwalters und die Wahl des Gläubigerausschusses (§. 79 Abs. 2 der KO.) vor oder nach der Berichterstattung zu erfolgen haben. Es wird indessen wohl das letztere anzunehmen sein[9]); denn was die Person des Verwalters betrifft, so wird die Kenntniß seiner bisherigen Geschäftsführung entscheidend für seine Beibehaltung oder Ersetzung durch eine andere Person sein. Und ebenso wird es zumeist von der Sachlage, welche durch den Bericht den Gläubigern dargelegt wird, abhängen, ob überhaupt ein Gläubigerausschuß und jedenfalls ob ein mehr oder minder

---

nächsten Umgegend, namentlich auf dem flachen Lande, nur selten Personen zu finden sein dürften, welche außer den zu einem Konkursverwalter erforderlichen Eigenschaften auch noch die Gabe besitzen, mündliche Vorträge in Versammlungen, namentlich in größeren, mit der nöthigen Klarheit zu halten, sondern auch im Hinblicke auf die Schwierigkeit, welche sich für die Zuhörer ergibt, aus einem raschen mündlichen Vortrage das oft reichhaltige Material und die einzelnen Details der Berichterstattung im Gedächtniß zu behalten.

6) Ebenso sämmtliche Rechtslehrer. In der Praxis wird immer mündlich und ganz formlos vorgetragen.

7) Dies ergibt sich aus den Worten des Gesetzes: „in der Versammlung". Es kann also nicht etwa ein vorheriges Circuliren des Vortrages oder eine ähnliche Maßregel verfügt werden, und dieses ist es auch wohl, was die Motive beseitigt wissen wollen.

8) Der I. E. §. 131 Abs. 2 hatte diese Aeußerung des Gemeinschuldners für obligatorisch erklärt; es hängt jetzt vom Richter ab, ob er sie für nöthig erachtet.

9) Dafür sprechen sich auch die Motive aus (zum II. E. S. 352) und so geschieht es auch in der Praxis.

zahlreicher bestellt werden solle, und wer sich am besten hiezu eignet. Man macht daher am richtigsten mit der Berichterstattung in der ersten Gläubigerversammlung den Anfang.

---

§. 120.

Zuständigkeit der Gläubigerversammlung.

Die Gläubigerversammlung [a]) beschließt über eine dem Gemeinschuldner und dessen Familie [b]) zu bewilligende Unterstützung [c]), über die Schließung oder die Fortführung des Geschäftes [d]) und über die Stelle, bei welcher, sowie über die Bedingungen, unter welchen die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen [e]).

Die Gläubigerversammlung beschließt, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder einem Gläubigerausschusse über die Verwaltung und Verwerthung der Masse Bericht erstatten und Rechnung legen soll [f]).

I. E. §. 132; II. E. §. 120; Pr. H. E. Art. 887; Pr. KO. §. 224 Abs. 2; B. Pr. O. Art. 1280.

a. (Die Gläubigerversammlung).

Das Gesetz sagt nicht: „die erste Gläubigerversammlung", sondern überhaupt: „die Gläubigerversammlung". Es muß daher meines Erachtens der §. 120 nicht als eine blos formale Direktive darüber, was in der nach §. 102 zusammenzuberufenden ersten Versammlung der Gläubiger zu verhandeln sei, angesehen werden, sondern es bestimmt dieser §. 120 im Allgemeinen die Zuständigkeit der Gläubigerversammlung [1]). Hiebei bleibt es allerdings Regel, daß sofort bei dem ersten Zusammentritte über die sämmtlichen Punkte verhandelt wird, und gewöhnlich wird es wohl auch hiebei sein Bewenden haben, da diese Beschlüsse für die Dauer des Konkursverfahrens maßgebend bleiben werden. Allein wenn sich später Anlaß ergibt, eine Aenderung zu treffen, so ist diese nicht ausgeschlossen, sie kann

---

1) In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Konkursordnung von dem bisherigen Rechte wesentlich. Sowohl nach Preußischem als Bayerischem Gesetze waren die Gläubiger als solche, als „Versammlung" nur in ihrer ersten Tagfahrt über die obigen Punkte zu „vernehmen". Der I. E. hatte sogar die Entscheidung überhaupt dem Ausschusse zugewiesen.

aber immer wieder nur [vorbehaltlich eines absolut unverschieblichen Provisorium] [2]) von der Gläubigerversammlung verfügt werden [3]). Gesetzt also dem Gemeinschuldner ist in der ersten Versammlung eine Unterstützung von monatlich 60 Mark bewilligt worden, so ist damit noch nicht gesagt, daß er hiedurch ein Anrecht hat, diesen Betrag während der ganzen Dauer des Verfahrens zu beziehen, noch auch daß er unter allen Umständen sich damit begnügen muß. Nehmen wir an, seine Ehefrau kommt einige Monate später mit Zwillingen nieder; weshalb sollte ausgeschlossen sein, daß die Unterstützung aus diesem bewegenden Grunde erhöht werde? Zuständig hiezu aber ist nur wieder die Gläubigerversammlung (— abgesehen von einer provisorischen Erhöhung durch Verwalter und Gläubigerausschuß nach §. 118 der KO.). Anderseits wenn dem Gemeinschuldner zwei Monate nach der Gläubigerversammlung ein Legat von 10,000 Mark anfällt und nun der Verwalter die bewilligten 50 Mark monatliche Unterstützung überflüssig findet, kann der Kridar nicht sagen: „mir ist einmal der Betrag bewilligt, er kann mir nicht mehr genommen werden", sondern der Verwalter kann nach §. 85 der KO. den Antrag auf Einberufung einer nochmaligen Gläubigerversammlung stellen, und diese kann unzweifelhaft den früheren Beschluß wieder aufheben.

b. (und dessen Familie).

Vgl. §. 118 lit. e.

c. (zu bewilligende Unterstützung).

In §. 118 heißt es „nothdürftigen Unterhalt" [4]) und ich folgere [5]) aus dieser verschiedenen Ausdrucksweise, daß der Verwalter zwar provisorisch nur das Nothdürftigste zu bewilligen hat, aber dadurch nicht gehindert ist, der Gläubigerversammlung eine weiter gehende Beihülfe vorzuschlagen.

d. (über die Schließung oder Fortführung des Geschäfts).

Mag das Eine oder das Andere beschlossen werden, so sind wohl in der Regel weitere Maßregeln mitzubeschließen. Im letzteren Falle insbesondere, wenn das Geschäft nicht geschlossen wird, ist zu bestimmen, was

---

2) Natürlich kann die Gläubigerversammlung die Ausübung ihrer Befugnisse dem Gläubigerausschusse übertragen. Motive S. 353.

3) Vgl. z. B. oben S. 302 u. 309.

4) In der Pr. KO. lautet der dem §. 118 und dem §. 120 entsprechende Ausdruck gleichmäßig: „eine Unterstützung zu seinem Unterhalt und zum Unterhalt seiner Familie."

5) In Uebereinstimmung mit den übrigen Kommentaren.

nun zu geschehen hat; ob es in Regie fortgeführt oder verpachtet werden soll, woher die etwaigen Betriebsfonds zu beschaffen sind u. s. w. Es kann aber natürlich der Beschluß dahin gehen, daß das Weitere dem Verwalter überlassen bleibt.

e. (hinterlegt oder angelegt werden sollen).

Sämmtliche Konkursgesetzgebungen legen auf eine genaue Regelung des Geldverkehrs großen Werth und umgeben denselben mit besonderen Garantieen [6]). Die Motive [7]) erörtern die verschiedenen Kautelen mit ihrem legislativen Werth, was für die Praxis weniger Bedeutung hat. Indessen geht aus diesen Erörterungen hervor:

1) Hinsichtlich der Einnahmen soll der Verwalter möglichst frei sich bewegen können; seine Quittungen bedürfen keiner Kontrasignatur, insbesondere nicht der des Gerichtes [8]); die Befugniß des Verwalters zum Geldempfange ist eine unbedingte [9]).

2) Ob der Verwalter die gemachten Einnahmen in Händen behalten oder wie und wo er dieselben anlegen soll, ist gleichfalls dem freien Ermessen der Gläubigerversammlung überlassen. Es ist keineswegs geboten, daß sämmtliche Massegelder oder auch alle werthvollen Massegegenstände gerichtlich deponirt werden müssen; die Gläubigerversammlung kann hierüber das ihr geeignet Scheinende verfügen [10]). Es können öffentliche Anstalten als Hinterlegungsstellen gewählt werden, es kann aber auch z. B. der Mitverschluß durch einen oder mehrere Mitglieder des Gläubigerausschusses als zweckmäßig erscheinen [11]).

3) Flüssige Massegelder sollen nach §. 137 der KO. möglichst rasch vertheilt werden; ist dies unthunlich, so wird ihre verzinsliche Anlage im Interesse der Gläubiger liegen und zwar entscheidet auch über die Art und Weise dieses Anlegens die Versammlung. Der Ankauf leicht realisirbarer Staatspapiere, Pfandbriefe oder Wechsel ist nicht ausgeschlossen [12]). (Vgl. auch oben S. 309 ffg.)

---

6) Jedenfalls hat der Verwalter ein Tagebuch zu führen, in welchem die Einnahmen und Ausgaben einzutragen sind.

7) Zum I. E. S. 84 ff. und unverändert zum II. E. S. 352 ff.

8) Wie dies im Code vorgeschrieben war.

9) Ebenso im Gemeinen Rechte vgl. v. Bayer S. 113 Note 16; etwas einschränkend spricht sich Schweppe S. 197 aus.

10) Vgl. die Erläut. zu §. 118 lit. b.

11) Aelteres französisches Recht; diese Maßnahme wird selten praktisch sein, sie setzt besonders konstruirte Kassen voraus und ist sehr zeitraubend.

12) Motive.

4) Der Verwalter haftet für den richtigen Vollzug der Beschlüsse der Gläubigerversammlung nach den bereits früher entwickelten Grundsätzen.

f. (Rechnung legen soll).

Die Bestimmung, daß nicht nur über die Zeiträume, in welchen, sondern auch über die Art und Weise, auf welche der Verwalter über den ganzen Verlauf des Verfahrens Bericht erstatten und Rechnung legen soll, der Gläubigerversammlung volle Freiheit der Entscheidung anheimgegeben ist, muß den die Gläubigerversammlung leitenden Richter veranlassen, auf genaue Feststellung dieser Punkte zu dringen. Hiebei scheinen mir folgende Momente praktisch:

1) Berichterstattung an die Gläubigerversammlung selbst ist möglichst selten zu wählen [13].

2) Mündliche Berichterstattung und schriftliche Rechnungslegung kürzt die Sache ab und gibt doch genügende Sicherheit.

3) Es empfiehlt sich, die Berichterstattung an den Ausschuß an bestimmt wiederkehrende Zeiträume zu knüpfen, z. B. in größeren und wichtigen alle Wochen (etwa alle Samstage oder dergleichen); im Allgemeinen dürfte es genügen, monatliche Berichterstattung und Rechnungslegung anzuordnen, und damit die Kassavisitation des §. 80 Abs. 2 zu verbinden [14].

4) Zur Rechnungslegung gehört natürlich auch die Beibringung der Belege. Die Rechnung wird sich an das Inventar anzuschließen haben und so einzurichten sein, daß sich aus den einzelnen Rechnungen leicht die Schlußrechnung zusammenstellen läßt. (Vgl. hierüber auch oben S. 78 ff. und S. 96 ff.

---

§. 121.

Verfügungen des Verwalters, welche einer Genehmigung bedürfen.

Der Verwalter hat [a]), falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist [b]), dessen Genehmigung [c]) einzuholen:

1) wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nach-

---

13) Die Belästigung der Amtsrichter wäre sonst zu groß; auch wird in einer größeren Versammlung naturgemäß weit weniger scharf kontrolirt, als von einigen wenigen die Verantwortung tragenden Personen.

14) Die Praxis (dahier) legt stets nur einmal Rechnung und zwar am Schlusse des Verfahrens.

theil für die Masse [d]) ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäfts veranlaßt wird [e]), verkauft werden sollen, bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten [f]) oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag [g]) erledigt ist [h]);

2) wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt [i]), Prozesse anhängig gemacht [k]), deren Aufnahme abgelehnt [l]), Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen [m]), Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt [n]), Pfandstücke eingelöst [o]), oder Forderungen veräußert [p]) werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark [q]) handelt.

§. 122.

Der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen:

1) wenn ein unbeweglicher Gegenstand [r]) aus freier Hand [s]), oder das Geschäft des Gemeinschuldners im Ganzen [t]), oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte [u]) veräußert werden soll;

2) wenn Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgegeben [v]), oder wenn Darlehen aufgenommen [w]), fremde Verbindlichkeiten übernommen [x]), zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet [y]), oder Grundstücke erstanden werden sollen [z]).

I. E. §. 133 u. 134; II. E. §. 121 u. 122; Pr. H. E. Art. 885 u. 886; Pr. KO. §§. 157—159, 222, 223; B. Pr.O. Art. 1291, 1292.

a. (Der Verwalter hat).

In den vorstehenden Paragraphen sind diejenigen Verfügungen über die Konkursmasse zusammengestellt, für welche — wie die Motive sich ausdrücken — „ein Zusammenwirken des Verwalters und der Gläubiger" erfordert wird. Es war hiebei ein doppelter Gesichtspunkt maßgebend [1]) (und die Kenntniß desselben ist für die Auslegung und praktische Anwendung dieser schwerwiegenden Bestimmungen von Bedeutung): einerseits die Rücksicht auf die Wichtigkeit, Tragweite und Unge-

1) Es folgt hier der wesentliche Inhalt der Motive.

wöhnlichkeit einzelner Dispositionen, welche es nicht gestattet, über das Interesse der Betheiligten lediglich das Ermessen des Verwalters entscheiden zu lassen, anderseits die Erwägung, daß nicht durch zu weit gehende Beschränkungen des Verwalters das Liquidationsgeschäft zum größeren Nachtheil der Betheiligten gelähmt werden darf. Daraus ergeben sich die beiden Kategorien von Rechtsgeschäften, welche die §§. 121 und 122 aufzählen. Im §. 121 sind diejenigen Geschäfte genannt, bei welchen die umständlichere, weniger diskrete Zusammenberufung und Beschlußfassung einer Gläubigerversammlung unthunlich erscheint, weil hiedurch die Thätigkeit der Verwaltung in ungehöriger und unzweckmäßiger Weise gehindert und verzögert werden würde. In §. 122 dagegen finden sich solche Verfügungen, bei welchen der erste der obengenannten Gesichtspunkte durchschlägt. Endlich sind einer Mitwirkung der Gläubiger völlig entzogen solche Verfügungen, bei welchen eine auch nur kurze Zeitversäumniß unwiderrufliche Nachtheile für die Masse herbeiführen würde, so insbesondere z. B. die Aufhebung bestehender Pacht-, Mieth- und Dienstverträge mit Rücksicht auf die dabei in der Regel zu beobachtenden Kündigungstermine.

b. (falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist).

Es gibt bekanntlich zweierlei Arten von Gläubigerausschuß: denjenigen, welcher gemäß §. 79 Abs. 1 vom Richter bestellt, und denjenigen, welcher gemäß desselben Paragraphen Abs. 2 von den Gläubigern gewählt ist. Man könnte nun wegen des in §. 121 enthaltenen Wortes: „bestellt" glauben, es sei hier nur ein Gläubigerausschuß der ersten Art, also nur der vom Richter „bestellte", nicht auch der „gewählte" Ausschuß gemeint. Allein dies ist offenbar nicht der Fall; im Gegentheile der von den Gläubigern selbst eingesetzte Ausschuß hat noch mehr Anspruch darauf, in wichtigen Fällen gehört zu werden, als der nur vom Richter aufgestellte, und es ist demnach festzuhalten, daß zu den in §. 121 und 122 der KO. genannten Geschäften die Genehmigung des Ausschusses einzuholen ist, einerlei, ob dieser vom Richter bestellt oder von den Gläubigern gewählt ist [2]).

Ist ein Gläubigerausschuß nicht vorhanden [3]), so tritt nicht etwa [4])

---

2) Ebenso v. Wilmowski S. 318.

3) Daß hierunter nicht nur der Fall verstanden ist, wenn ein Gläubigerausschuß überhaupt nicht bestellt wird, sondern auch jener, wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, wurde bereits oben S. 300 erörtert.

4) Ich bemerke dies besonders, weil alle bisherigen Rechte das Gericht eintreten zu lassen pflegten, z. B. Pr. KO. §. 222; B. Pr. O. Art. 1290 Abs. 7, 1292.

das Gericht an dessen Stelle, sondern bei den in §. 121 aufgeführten Geschäften handelt der Verwalter vollkommen selbständig[5]), bei der Kategorie des §. 122 sind die Gläubiger in einer hiezu einberufenen Versammlung zu befragen[6]).

c. (dessen Genehmigung).

I. Unter „Genehmigung" versteht man eigentlich nach juristischem Sprachgebrauche „die nachträgliche Zustimmung zu einer von einem Anderen vorgenommenen Handlung"[7]), die „Genehmhaltung", Ratihabition". Im gewöhnlichen Leben aber begreift man darunter auch die vorausgehende Einwilligung zu einer von einem Anderen beabsichtigten Maßnahme, die Billigung eines gemachten Vorschlages. Es fragt sich nun, in welchem Sinne steht das Wort hier im Gesetze, ist es als „Ratihabition" oder als „vorausgehende Zustimmung" auszulegen? Unzweifelhaft das Letztere. Denn wenn das betreffende Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen, wenn der Massagegenstand veräußert, der Vertrag des Gemeinschuldners erfüllt, das Pfandstück eingelöst, das Grundstück verkauft ist und dergleichen, so wäre es im Hinblicke auf die Bestimmung des §. 124 der KO. geradezu illusorisch, hinterher über die Frage zu debattiren, ob der Ausschuß und beziehungsweise die Versammlung die Genehmigung ertheilen wolle. Praktisch wird sich ohnehin, wie ich glaube, die Sache so gestalten, daß der Verwalter (wie dies der Vormund und der Kurator überhaupt zu thun pflegt) den Vertrag abschließt unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Gläubigerausschuß bez. die Gläubigerversammlung. Ist dieses nicht möglich und will der Verwalter die Maßregel nicht auf seine Verantwortung nehmen[8]), so muß dieselbe

---

5) Vgl. oben S. 89.

6) Es gilt dies auch für die Zeit, in welcher das Gericht den Verwalter bereits ernannt, aber noch keinen Ausschuß bestellt hat. Indessen wird in dieser beschränkten Frist nicht leicht eine derartige Handlung nothwendig werden und wenn nicht dringende Gefahr auf Verzug besteht, hat eben der Richter schleunig einen Ausschuß zu bestellen.

7) Im Register zu Windscheid's Pandekten z. B. heißt es. „Ratihabition siehe Genehmigung"; ebenso im Register zum Preußischen Landrecht (Berlin 1792).

8) Dies kann er nämlich im Hinblicke auf §. 124 immer thun; er wird auch eine offenbar vortheilhafte Maßregel, deren nachträgliche Genehmigung er von vernünftigen Gläubigern sicher erwarten kann, unzweifelhaft nicht unterlassen, wenn er ein etwas energischer Charakter ist. Aber, wie im Texte erörtert, eine Haftung trifft ihn nicht, wenn er eine günstige Ge-

eben unterbleiben. Eine Verantwortung trifft ihn in diesem Falle nicht; es kann dem Verwalter nicht als eine Verletzung der ihm nach §. 74 der KO. obliegenden Sorgfalt angerechnet werden, wenn er ein vortheilhaftes Geschäft unterläßt, obwohl er hätte versichert sein können, daß es nachträglich Seitens der Gläubiger nicht beanstandet wird[9]).

II. Die „Genehmigung" im Sinne, wie sie die §§. 121 und 122 auffassen, kann eine generelle oder eine spezielle sein; an und für sich meint das Gesetz natürlich die letztere. Das heißt z. B. der Verwalter trägt vor: „in dem Prozesse, welchen der Lohnkutscher Schimmelmaier gegen die Masse führt in Betreff der für die Beerdigung des Kridars gestellten Trauerwagen, ist mir vom Gegenanwalt ein Vergleich proponirt worden, wonach die Masse 350 Mark zahlen soll, wogegen für das bei der Fahrt auf den Kirchhof vom Tramway überfahrene Pferd keine weitere Entschädigung verlangt wird. Soll ich diesen Vergleich abschließen?" Aber es ist sicherlich auch zulässig, daß z. B. auf die Anfrage des Verwalters: „darf ich, wenn ich eine gute Gelegenheit finde, das im Keller befindliche Faß Medoc verkaufen?" der Ausschuß erklärt: „ja wohl", oder auch, wenn er vorsichtig sein will: „ja, wenn mindestens 200 Mark dafür erlöst werden". Es fragt sich aber, kann die Genehmigung ganz generell ertheilt werden? Hier wird zu unterscheiden sein[10]). Ich glaube, die Gläubigerversammlung kann dies thun und zwar sowohl für die in §. 122 wie für die in §. 121 aufgeführten Maßregeln. Warum sollten die Gläubiger verhindert sein, zu beschließen: „wir ermächtigen den Verwalter A, alle zur Masse gehörigen Immobilien aus freier Hand selbstständig nach eigenem besten Ermessen zu verkaufen"? Und nachdem es der Gläubigerversammlung frei steht, einen Gläubigerausschuß überhaupt nicht aufzustellen, kann dieselbe doch offenbar auch beschließen: „Wir bestellen zwar einen Gläubigerausschuß, wir wollen aber, daß der Verwalter selbstständig alle Prozesse führt und Vergleiche und Schiedsverträge abschließt, auch wenn es sich hiebei um mehr als 300 Mark handelt"[11]).

Anders aber muß die Frage entschieden werden für den Gläubiger-

---

legenheit versäumt, weil er das Risiko nicht übernehmen will, quia nemo suum jactare obligatus est.

9) Unter Umständen kann der Verwalter in dringenden Fällen eine provisorische Verfügung nach Maßgabe der §§. 816 ff. der Civ.-Pr.-O. zu beantragen haben und hiedurch die Rechte der Masse schützen.

10) Diese Unterscheidung wird von Sarwey S. 653 nicht gebilligt.

11) Dies ist doch entschieden weniger, als wenn gar kein Ausschuß bestellt wird, und findet also die Regel Anwendung: „majus continet minus".

ausschuß; wenn dieser einmal bestellt ist, so hat er diejenigen Funktionen, welche das Gesetz ihm anweist, als Verpflichtung auf sich; er kann nicht dieselben von sich abwälzen. Dadurch, daß die Gläubigerversammlung A, B und C als ihren Ausschuß aufgestellt hat, hat sie implizite ausgesprochen: „wir wollen, daß bei den in §. 121 und 122 genannten Maßregeln diese drei Männer unsere Interessen wahren und den Verwalter kontroliren". In der Annahme der Wahl zum Ausschusse liegt die Annahme dieses Auftrages und daher steht es nicht mehr in der Macht des Ausschusses, den Verwalter von der Einholung der Genehmigung einfach zu dispensiren. Und dies wäre ja in Wahrheit eine so generelle Genehmigung, wie die oben erwähnte[12]).

d. (ohne offenbaren Nachtheil für die Masse).

Der Grund der Bestimmung, die Masse nicht vorschnell zu realisiren, liegt (nach den Motiven) in der Erwägung, daß hiedurch leicht ein den Gläubigern günstiger Zwangsvergleich verhindert wird[13]). Von diesem Gesichtspunkte aus also ist diese Stelle auszulegen. Nicht verboten ist der jederzeitige selbständige Verkauf von Sachen, welche dem Verderben ausgesetzt sind[14]), von Gegenständen, deren längere Aufbewahrung unnütze Kosten verursachen würde[15]), endlich von solchen Objekten, welche bei

---

12) v. Wilmowski S. 381 erklärt meine Bedenken als nicht zutreffend und auch v. Sarwey S. 650 hält den Gläubigerausschuß zur generellen vorausgehenden Ermächtigung befugt. Eine von mir gepflogene Nachfrage ergab, daß wenigstens in München die Verwalter meine Ansicht theilen. Es wurde mir bemerkt, man pflege sich damit zu helfen, daß die Gläubigerausschußmitglieder mit Rundschreiben aufgefordert werden, etwaige Erinnerungen gegen die und die beabsichtigte Maßregel binnen 3 (oder 8) Tagen kundzugeben, widrigenfalls der Verwalter sich für ermächtigt erachten würde, dieselbe vorzunehmen. Aber alle Verwalter stimmten überein, daß sie eine generelle Ermächtigung zum Voraus nicht acceptiren würden.

13) Der Anlaß dafür, daß Dritte zu einem Akkord interveniren, liegt in der Regel in dem Wunsche, den Gemeinschuldner im Besitze des Geschäftes, des Gutes oder auch der Mobilien zu erhalten. Ist einmal der Schuldner quasi nackt ausgezogen, so tritt nicht leicht mehr Jemand für ihn ein.

14) Hieher gehören also vorzüglich Vorräthe der Lebsucht, Eßwaaren u. dergl., wobei natürlich viel auf die Beschaffenheit der Aufbewahrungsräume ankommt. Ist z. B. der Keller schlecht, so kann es nothwendig werden, Wein zu verkaufen, dessen Behalten in einem guten Keller keinem Bedenken unterliegt.

15) Der Volksgebrauch faßt diese Gegenstände unter dem Kollektivnamen „fressende Pfänder" zusammen. Auch hier ist nach den Umständen zu ver-

Zuwarten der Entwerthung ausgesetzt sind. Diese letztere Alternative ist am schwierigsten zu kategorisiren; insbesondere darf hier der Verwalter bei Werthpapieren nicht allzusehr auf den Standpunkt eines Börsenspekulanten sich stellen. Wenn er also auch der Ansicht ist, Kreditaktien würden in der nächsten Zeit stark abwärts gehen, berechtigt ihn dies noch nicht, die in der Masse befindlichen desfallsigen Papiere ohne Weiteres eigenmächtig zu verkaufen, bevor der in §. 121 Ziff. 1 bezeichnete Termin verstrichen ist. Dagegen wird dem Verwalter allerdings gestattet sein, wenn z. B. kurz vor Börsenschluß ihm von Baron Karl von Rothschild aus Freundschaft die Nachricht mitgetheilt wird, Rußland beabsichtige in Konstantinopel einzumarschiren, die zur Masse gehörigen 5%igen 1868er Russen sofort loszuschlagen [16]).

e. (durch die Fortführung des Geschäftes veranlaßt wird).

Dieses „Veranlassen" ist generell, nicht speziell, auszulegen; es genügt, daß das Geschäft überhaupt fortgeführt wird, um den Verkauf aller Waaren als von der obigen Beschränkung ausgenommen zu erachten. Wenn also z. B. der Gemeinschuldner Gutsbesitzer ist und es wird dessen Oekonomie auf Rechnung der Masse fortbetrieben, so findet der §. 121 auf alle diejenigen Verkäufe keine Anwendung, welche im ordnungsgemäßen Oekonomiebetriebe vorkommen. Es kann nicht blos das Getreide, das Heu, Eier und junge Hühner, Milch, Butter und Käse veräußert werden, sondern, wenn es angezeigt erscheint, ein Gespann Ochsen zur Mast zu verkaufen und andere dafür einzustellen, so ist dies gleichfalls ein „durch die Fortführung des Geschäftes veranlaßter" Verkauf. Hingegen dürfen die fraglichen Worte nicht etwa dahin verstanden werden, daß z. B., um momentan Geld zum Fortbetrieb des Geschäftes zu bekommen, eine Wiese verkauft werden könne. Freilich ist auch dieser Verkauf durch die Fortführung des Geschäftes veranlaßt, aber nicht in abstracto. Die obige Stelle ist mit Art. 47 des A. D. HGB. in Parallele zu stellen; die Erlaubniß für den Verwalter erstreckt sich auf alle Verkäufe, welche „der Betrieb des fortgeführten schuldnerischen Geschäftes gewöhnlich mit sich bringt" [17]).

---

fahren; Kutschen- und Reitpferde (sagt schon Puchta, Beiträge Bd. II S. 313) sind eher zum Verkaufe zu bringen, als Thiere, die in der Wirthschaft unentbehrlich sind.

16) Es kommt eben hier praktisch immer auf die „Verantwortungs"-Frage an. Will der Verwalter ganz sicher gehen, so thut er besser, alle solche Veräußerungen zu unterlassen; aber ein „richtiger" Verwalter nimmt auch einmal eine Verantwortlichkeit auf sich.

17) Hienach ist die Frage über den sogenannten „Ausverkauf" zu entschei-

f. (bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten ist).

Es ist der in §. 102 der KO. erwähnte, nach §. 126 zu bestimmende Termin gemeint; der in §. 130 zugelassene besondere Prüfungstermin kommt nicht in Betracht.

g. (ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag).

Der Zwangsvergleich kann zu jeder Zeit vorgeschlagen werden; geschieht dies erst nach dem allgemeinen Prüfungstermin, so hat der Vorschlag auf die Verwerthung der Masse keinen Einfluß; der Verwalter ist in seinen Maßnahmen, sobald der Termin abgehalten, durch §. 121 Ziff. 1 nicht mehr beschränkt. War aber der Vorschlag schon vorher erfolgt, so muß dessen Erledigung abgewartet werden.

h. (erledigt ist).

Sei es, daß er nach §. 163 der KO. vom Gerichte zurückgewiesen, oder nach §. 164 Abs. 2 von dem Gläubiger-Ausschusse für unannehmbar erklärt, oder vom Gerichte nach §. 172 und 173 verworfen ist[18]).

i. (wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt).

Es sind hier die in Titel II Buch I näher erörterten Fälle gemeint (vgl. Abth. I S. 212 ff.), in denen es sich also um die Frage handelt, ob ein noch schwebendes Vertragsverhältniß für die Masse fortgesetzt oder aufgelöst werden soll. Da sich das Gesetz nicht der Fassung bedient: „wenn es sich um Erfüllung von Rechtsgeschäften des Schuldners handelt", oder „wenn über die Erfüllung entschieden werden soll" oder dergleichen, sondern speziell nur das „Verlangen der Erfüllung" nennt, so folgt, daß der Verwalter den Gläubigerausschuß nicht zu befragen braucht, wenn er glaubt, es solle nicht die Erfüllung verlangt, sondern der Ver-

---

den. Daß ausverkauft wird, ist eine vom gewöhnlichen Geschäftsbetrieb abweichende Maßnahme. Hiezu bedarf also der Verwalter, wenn er sie vor den in §. 121 bezeichneten Zeitpunkten vornehmen will, die Genehmigung des Ausschusses (ebenso Petersen S. 388 und v. Sarwey S. 650 Nr. 3). Ist diese aber ertheilt oder findet der „Ausverkauf" später statt, so sind die einzelnen im „Ausverkaufe" stattfindenden Verkäufe nur solche Handlungen, welche dieser Art von Geschäftsbetrieb eigenthümlich sind, und es ist deshalb nicht etwa zu jedem einzelnen die Genehmigung des Ausschusses zu erholen. Vgl. auch lit. t.

18) Vorausgesetzt, daß die Zurückweisung und Verwerfung rechtskräftig ist. Die Erklärung des Ausschusses dagegen bewirkt nach der speziellen Vorschrift in §. 164 Abs. 2 sofort die Zulässigkeit der Verwerthung aller Massegegenstände, muß also auch die Beschränkung des Verwalters nach §. 121 Ziff. 1 beseitigen.

trag als aufgelöst erklärt (§. 15 und 18) oder gekündigt (§. 17 und 19) werden[19]). Dies ist zu beachten, da die Pr. KO. in §. 158 Ziff. 5 die Aufhebung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners mit dem Eintritt in solche gleich behandelte.

k. (Prozesse anhängig gemacht).

Unter den „Prozessen" sind hier — wie die Motive bemerken — nur solche zu verstehen, welche die Aktivmasse betreffen. Für das Gegentheil, nämlich um einen allenfalls indizirten Prozeß nicht anhängig zu machen, bedarf der Verwalter die Genehmigung des Gläubigerausschusses in der Regel nicht; ausgenommen wenn mit der Unterlassung der Anhängigmachung die Vornahme eines anderen in §. 121 Ziff. 2 aufgeführten Rechtsgeschäftes verbunden wäre[20]). Nehmen wir als Beispiel: der Gemeinschuldner erklärt dem Verwalter, A schulde ihm aus einem Darlehen noch 500 Mark, A behauptet aber, das Geld sei gezahlt. Setzen wir nun den Fall, der Verwalter findet es gerathen, zu klagen, so muß er hierzu die Genehmigung des Ausschusses einholen; erachtet er aber die Sache für so zweifelhaft, daß er einen Prozeß nicht für zweckmäßig ansieht, so kann er, ohne den Gläubigerausschuß zu befragen, die Klagestellung unterlassen[21]). Anders aber, wenn z. B. der Fall folgendermaßen gelagert ist: in der Masse ist ein Pferd, welches A vom Gemeinschuldner um 1500 Mark gekauft und diesem nur auf einige Zeit noch geliehen hat. Das behauptete Geschäft ist so beschaffen, daß Grund gegeben sein könnte, die Anfechtungsklage zu erheben. Diese kann der Verwalter nun nicht ohne Zustimmung des Ausschusses unterlassen; denn mit dieser Unterlassung ist die Anerkennung eines Aussonderungsanspruches bezüglich

---

19) Die Motive zum II. E. S. 354 führen an: „durch das Verlangen auf Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte entstehen Massenansprüche"; sonach ging der Gesetzgeber offenbar von der Ansicht aus: „durch das Gegentheil aber nicht". Dies ist nun nicht ganz richtig; auch wenn der Verwalter die Nichterfüllung wählt, können unter Umständen Entschädigungsansprüche entstehen, welche die Masse schmälern, und insoferne können die Gläubiger wohl ein Interesse haben, daß der Verwalter diesen Weg nicht geht. Aber allerdings „Masseschulden" im engeren Sinne entstehen in diesem Falle nicht, und dies scheint legislativ als das Maßgebende angesehen worden zu sein.

20) Vgl. K. Prt. S. 87 u. 88.

21) Wenn nun aber der Gläubigerausschuß findet, die Unterlassung der Klagestellung sei ungerechtfertigt? Der §. 121 gibt ihm kein Mittel an die Hand, hiegegen aufzutreten; der Ausschuß muß in diesem Falle den §. 76 der KO. anrufen.

einer Sache im Werthe von mehr als 300 Mark verbunden und hiezu ist der Verwalter für sich nicht berechtigt.

l. (deren Aufnahme abgelehnt).

Wie bereits aus der vorhergehenden Erörterung sich ergibt, ist hier nicht die „Verweigerung einer Anhängigmachung neuer Aktivprozesse", sondern die Verweigerung einer Fortführung schwebender Prozesse gemeint[22]). Die Ablehnung einer solchen Aufnahme bedeutet[23]) nämlich entweder nach §. 8 der KO. die Aufgabe der von dem Gemeinschuldner erlangten Prozeßrechte oder nach §. 9 der KO. die Anerkennung des Anspruchs des klagenden Prozeßgegners; in beiden Fällen also steht eine Schmälerung der Aktivmasse in Frage. Dagegen bedarf es einer Genehmigung des Gläubigerausschusses nicht, wenn der Verwalter den Prozeß aufnimmt und fortsetzt[24]), wohl aber wenn er in diesem Rechtsstreite eine Widerklage erheben will[25]).

Wie ist es nun, wenn der Verwalter die Aufnahme eines Aktivprozesses ohne Genehmigung des Ausschusses abgelehnt hat und nun der Gemeinschuldner selbst oder der Gegner ihn aufnimmt[26]) (§. 8 Abs. 2)? Der Vorschrift des §. 124 gemäß kann der Gläubigerausschuß offenbar nicht hinterher den Prozeß für die Masse in Anspruch nehmen; aber auch

22) Der I. E. sagte deutlicher: „wenn Prozesse, die bei Eröffnung des Verfahrens anhängig waren, vom Verwalter aufgegeben werden wollen".

23) Motive.

24) Obwohl hierin oft ein größeres Risiko liegen (z. B. am Schlusse die Pflicht zur Zahlung weit höherer Kosten eintreten) kann, als wenn man sich gleich beruhigt.

25) Ebenso v. Sarwey S. 650, Stieglitz S. 509, v. Wilmowski S. 383. Man könnte dieses bestreiten, weil das Gesetz sich des Ausdruckes bedient: „Prozesse anhängig macht", durch eine Widerklage aber kein neuer Prozeß anhängig gemacht, sondern nur in einem bereits anhängigen Prozesse ein Anspruch erhoben wird. So Petersen S. 389. Allein es wird sich nicht verkennen lassen, daß materiell durch die Widerklage allerdings ein Prozeß neu entsteht und jedenfalls wäre es (wie v. Wilmowski bemerkt) unbillig, bei einer Widerklage von z. B. 100,000 Mark dem Ausschusse weniger Recht einzuräumen, als bei einer Klage von 310 Mark.

26) Wird die Aufnahme nur verzögert, so haftet der Verwalter für die hierdurch entstandenen Kosten. Handelt es sich um einen Passivprozeß und der Gegner hat ihn aufgenommen, so wird in der Regel ein Anlaß, den Verwalter wegen seiner ungehörigen Ablehnung haftbar zu machen, nicht vorliegen. Indessen wird schon die Ordnungswidrigkeit als solche nach §. 76 beanstandet werden können.

das kann dem Gegner nicht verwehrt sein, daß er ohngeachtet der Umgehung des Ausschusses seinen Prozeßanspruch eventuell im Konkurse anmeldet[27]). Verliert er, dann wird natürlich auch der Verwalter von der Haftung für seine Ordnungswidrigkeit entlastet[28]); gewinnt er aber, so kann man dem Verwalter vorhalten: „jetzt liquidirt der Gegner uns zum Schaden so und so viel; hättest du die Prozeß-Aufnahme nicht abgelehnt, so wäre das nicht so gekommen"[29]).

m. (Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen).

Hierin liegt der Wirkung nach eine „Nichtaufnahme" oder vielmehr „Nichtfortsetzung" des Prozesses. Da übrigens das Gesetz keinen Unterschied macht, so bezieht sich dasselbe auch auf die Fälle, wo ein noch nicht begonnener Prozeß durch einen Vergleich oder ein Compromiß abgewendet werden will.

n. (Massenansprüche).

Hierunter sind nicht Ansprüche der Masse zu verstehen, denn solche kommen hier nicht in Frage[30]), sondern die Massaschulden im Sinne des Buch I Titel 7: Ansprüche gegen die Masse[31]).

o. (Pfandstücke eingelöst).

Hierin liegt nicht nur eine Anerkennung des Absonderungsrechtes, sondern es wird auch effektiv der Masse eine Leistung auferlegt.

p. (Forderungen veräußert).

I. Wie die Motive bemerken[32]), soll dieser Ausdruck nicht die Weiterbegebung[33]), wie sie im Geschäftsverkehre üblich ist, sondern nur den von der gewöhnlichen Verwerthung und Einziehung der Forderungen abweichenden „Verkauf", sei es aus freier Hand oder mittelst Versteigerung, bezeichnen. Wenn also z. B. der Verwalter einen auf den Inhaber lautenden Kassaschein auf die Frankfurter Hypothekenbank von 1000 Mark, welcher zur Masse gehört, bei der Vereinsbank in München

---

27) Vgl. Abth. I S. 173.

28) Denn dann hat seine Nichtaufnahme der Masse und den Gläubigern keinen Schaden gebracht.

29) Wenn aber der Verwalter einwendet: „wir hätten den Prozeß eben so gut verloren", was dann?

30) Aeußerung des Reg.-Rathes Hagens in der 12. Sitzung, K. Prt. S. 88.

31) Abg. Hullmann bemängelte den Ausdruck; es scheint, man behielt ihn der Kürze halber bei, damit man denselben auch auf die beiden vorhergehenden Worte beziehen kann.

32) Motive zum II. E. S. 354 ff.

33) Wegen der Wechsel vgl. lit. w.

begibt, so braucht er hierzu keine Zustimmung des Gläubigerausschusses. Anders, wenn sich z. B. unter den Aktiven eine Anzahl dubioser Kreditoren finden und der Verwalter wollte dieselben ausschreiben und an den Meistbietenden ablassen; dieß kann er — sofern der Forderungsbetrag 300 Mark übersteigt[34]) — nur mit Genehmigung des Ausschusses.

Zweifelhaft erscheint, ob die Cession einer auf Namen lautenden Forderung zur erlaubten „Weiterbegebung" oder zum verbotenen „Verkauf aus freier Hand" zu rechnen sei. Ich unterscheide: wird die volle Valuta gezahlt und damit der Bestand der Aktivmasse nicht alterirt[35]), so zähle ich einen solchen Akt zu der geschäftsordnungsmäßigen Weiterbegebung; überläßt aber der Verwalter die Forderung um einen willkürlichen Preis, gleichsam als eine unsichere Hoffnung an einen Dritten, so ist dies meines Erachtens eine außergewöhnliche Maßnahme und daher der Gläubigerausschuß zu befragen[36]).

II. Nach den Motiven hat die obige Gesetzesstelle noch eine weitere, in den Worten nicht ersichtliche Bedeutung. Die meisten Konkursgesetze behandeln diese außergewöhnliche Art der Verwerthung in dem Abschnitte von der Beendigung des Konkurses mit besonderer Beziehung auf die bis dahin unrealisirbar gebliebenen Aktiva und in Verbindung mit Spezialbestimmungen über die Zulässigkeit der Ueberweisung derselben an einzelne Gläubiger; wobei mitunter eine Beschlußfassung der noch interessirten Gläubiger und sonstige Beschränkungen[37]) vorgeschrieben sind. Das Gesetz geht nun davon aus, daß die Ueberweisung von Forderungen an einzelne Gläubiger immer nur Gegenstand freier Uebereinkunft sein kann und daher gesetzlicher Regelung nicht bedarf, daß aber die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Verkaufs ausstehender Forderungen vielfach schon vor der Beendigung des Verfahrens auftritt. Die obige Gesetzesstelle hat also zugleich die Bedeutung, daß eine solche Maßregel in jedem Stadium des Verfahrens zulässig ist und daß dem Verwalter mit dem Gläu-

34) Und zwar der ursprüngliche, nicht das darauf gelegte Gebot.

35) Vorausgesetzt, daß die Masse dabei nicht für Richtigkeit und Sicherheit der verkauften Forderung haftbar gemacht wird, vgl. lit. x. In der Pr. KO §. 274 Abs. 3 ist die Nichthaftung gesetzlich ausgesprochen. Die Motive zum II. E. S. 255 erklären aber mit Recht diese Frage als eine in den Verkaufsbedingungen jedesmal zu normirende.

36) Immer natürlich vorausgesetzt, daß die Forderung an sich auf mehr als 300 Mark geht.

37) Z. B. daß eine solche Ueberweisung nur im Kreise der Konkursgläubiger stattfinden darf.

bigerausschuß in keiner Weise betreffs der Verwerthung Beschränkungen auferlegt sind[38]).

q. (um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark).

Die Befugniß des Verwalters hinsichtlich der in Ziff. 2 des §. 121[39]) aufgezählten Geschäfte ist nicht allgemein eingeschränkt, sondern bei geringfügigen Werthgegenständen bleibt er selbständig. Die Nothwendigkeit, den Ausschuß zu befragen und seine Genehmigung einzuholen, tritt erst ein, wenn das Objekt, um das es sich handelt, mehr als 300 Mark werth ist[40]).

Die Ermittlung des Werthes wird sich im Hinblicke auf §. 65 der KO. nach den Bestimmungen[41]) der Civilprozeßordnung §. 3 (daß der „Verkehrswerth" maßgebend ist), §. 4 (daß Früchte, Nutzungen, Zinsen und Schäden unberücksichtigt bleiben), §. 6 bis 9 (über das, was gewerthet wird) zu richten haben[42]). In dieser Hinsicht nun ergibt sich die Frage: wer stellt den Werth fest?

Man muß unterscheiden: gesetzt, der Gläubigerausschuß ruft die nach §. 75 der KO. über den Verwalter bestehende Aufsicht des Konkursgerichtes an und beantragt wegen einer ohne Genehmigung erfolgten Veräußerung einer Forderung eine Ordnungsstrafe, der Verwalter aber behauptet, die von ihm veräußerte Forderung sei keine 300 Mark werth gewesen, so hat natürlich der Konkursrichter den Werth festzusetzen. Wenn aber der Ausschuß glaubt, sich hiemit nicht begnügen zu können, sondern den Verwalter

---

38) In der Pr. KO. §. 274 ist bestimmt: „beim Widerspruche des Gemeinschuldners ist die Ueberweisung nur zu dem Nennwerthe der Forderung zulässig".

39) Auf die Fälle der Ziff. 1 bezieht sich der Schluß des §. 121 nicht, weil derselbe nur dem zweiten Absatze angehängt ist und die stylistische Konstruktion mit „und", ohne nochmaliges „wenn", die Hinaufbeziehung zum ersten Absatze ausschließt.

40) Weshalb hier eine Werthgrenze bestimmt ist, während für sämmtliche in §. 122 aufgeführten Handlungen ohne Werthgrenze der Ausschuß und sogar eventuell die Gläubigerversammlung gehört werden muß, ist in den Motiven nur kurz erörtert (z. I. E. S. 89) mit den Worten: „es verbiete sich letzteres dadurch, daß der Betrag nicht immer sofort schätzbar sei und die Vorschrift leicht umgangen werden könne".

41) Hellmann, Kommentar S. 46 ff. Seuffert, Kommentar S. 3 ff.

42) Natürlich kommt hier der volle Werth in Betracht, nicht etwa im Hinblicke auf §. 136 der KO. ein geminderter.

auf Schadensersatz belangt, sonach ein gewöhnlicher Prozeß entsteht, so ist die Werthfestsetzung Sache des Prozeßrichters.

r. (ein unbeweglicher Gegenstand).

Was als ein „unbeweglicher Gegenstand“[43]) anzusehen sei, muß nach dem betreffenden Landesrechte entschieden werden[44]). Daß die in §. 122 Nr. 1 gegebene Vorschrift auch für solche Sachen gelte, die als Zugehörungen (Pertinenzen) oder als Früchte[45]) eines Immobile erscheinen, ist im Gesetzestexte nicht ausgesprochen und es kann auch nicht angenommen werden, daß hier die Rechtsregel in Anwendung zu kommen habe: „accessorium sequitur principale“. Denn Zweck und Grund des Gesetzes, Verfügungen über Immobilien wegen deren Wichtigkeit zu beschränken, trifft bei solchen Nebensachen nicht zu, abgesehen davon, daß, sobald solche Bestandtheile und Zugehörungen als für sich bestehende Sachen aufgefaßt sind (und dies geschieht, wenn sie für sich veräußert werden), sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden müssen[46]). Sonach ist der Verwalter beim Verkaufe der Ernte eines zur Masse gehörigen Gutes (der Früchte auf dem Halm) nicht an §. 122 gebunden. Er kann, wenn er es zweckmäßig findet, bisherige Waldparzellen in Wiesen oder Ackerland zu verwandeln, das Holz auf dem Stamme ohne Genehmigung einer Gläubigerversammlung versteigern u. s. w. Denn in allen diesen Fällen ist offenbar die Masse nicht mehr in Mitleidenschaft gezogen, als wenn diese Objekte bereits vom Boden getrennt veräußert werden[47]).

---

43) Aus dem Umstande, daß das Gesetz nicht den Ausdruck „unbewegliche Sache“ gebraucht, darf nicht gefolgert werden, daß etwas Anderes hier gemeint sei als die Immobilien. Die etwas ungewöhnliche Kombination „unbeweglicher Gegenstand“ kommt wohl aus einer Zusammenziehung des I. E., welcher in §. 134 sagte: „Grundstücke oder denselben gleichstehende Gegenstände“.

44) Vgl. oben zu §. 116.

45) Die auf dem Grundstücke zu einem Gebäude zusammengefügten Materialien sind als Bestandtheil des Immobile allerdings diesem gleich zu behandeln; der Verwalter kann nicht ein Haus abreißen und die Materialien verkaufen lassen, ohne den §. 122 N. 1 zu beobachten.

46) Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I S. 377 Note 3.

47) Ebenso Stieglitz S. 510, v. Wilmowski S. 385. Ersterer macht übrigens mit Recht aufmerksam, daß Geschäfte, wie z. B. Verkauf des Gebäudes auf den Abbruch, hierher gehören; denn hier ist Immobiliarbesitz das Objekt des Geschäftes. Vgl. Note 45.

s. (aus freier Hand).

Wenn der Verwalter den in §. 116 der KO. vorgezeichneten Weg der Verwerthung von Immobilien wählt und die Zwangsversteigerung derselben beim Gerichte betreibt, so ist er hierin vollkommen unbeschränkt; er bedarf hiezu weder der Genehmigung des Ausschusses, noch auch der Befragung der Gläubigerversammlung; denn in diesem Falle liegt eben in der richterlichen Ueberwachung eine genügende Garantie. Auch wird in der Regel nicht der Verwalter diese Zwangsversteigerung selbständig, sondern im Verein mit Realgläubigern betreiben müssen, so daß ohnehin diese Maßregel gar nicht sein freier Wille ist. Dagegen ist es kontrovers, ob der Verwalter ohne Genehmigung der Gläubigerversammlung das Immobile (ohne Zwangsvollstreckung) im Wege öffentlicher Versteigerung abgeben darf. Ich glaube nicht[48]), denn das Motiv, weshalb bei der Zwangsversteigerung die Gläubiger nicht mitzureden haben, ist wohl nur der Umstand, daß eine solche zwangsweise Enteignung durch Privatwillkür nicht beseitigt werden kann. Die öffentliche freiwillige Versteigerung ist ebenso gut ein Verkauf aus „freier Hand" wie jeder andere Ausverkauf.

Unter „Veräußern" versteht das Recht nicht blos Verkauf und Vertauschung, sondern jeden Verlust, der in der Absicht des Berechtigten seinen Grund hat[49]). Der Verwalter dürfte daher ein Immobile auch nicht derelinquiren oder verschenken[50]). „Veräußerung" im weiteren Sinne nennt man aber auch die Belastung mit dinglichen Rechten und es fragt sich: gehört eine solche auch unter den dem Verwalter versagten Veräußerungen von Immobilien?

Man möchte, da die Verpfändung der Grundstücke in Ziff. 2 besonders erwähnt wird, annehmen: „nein". Die Bestellung von Servituten wäre also dem Verwalter selbständig erlaubt. Dennoch glaube ich nicht, daß dies die Absicht des Gesetzes war; es würde irrationell sein, dem Verwalter, wenn er auf ein zur Masse gehöriges Haus eine Hypothek von 1000 Mark aufnehmen will, die Befragung der Gläubigerversammlung zu gebieten, ihm aber zuzugestehen, eigenmächtig das ganze Haus zum Nutzgenuß zu überlassen oder dasselbe mit einer Servitut zu belasten, welche den Werth auf die Hälfte mindert. Ohnehin wäre eine solche Verfügung etwas so außerhalb der regelmäßigen „Masseverwaltung"

---

48) In Uebereinstimmung mit v. Sarwey S. 653, Stieglitz S. 510, v. Wilmowski S. 385. Dagegen sind Fitting §. 23 Note 30 und Petersen S. 390 u. 391 entgegengesetzter Ansicht.

49) Puchta, Pandekten §. 48.

50) Praktisch wird diese Frage wohl nie werden.

Liegendes, daß schon aus diesem Grunde der Verwalter nicht selbständig handeln kann[51]).

t. (das Geschäft des Gemeinschuldners im Ganzen).

Dieser Ausdruck ist nicht gleichbedeutend mit: „das ganze Geschäft", „Alles was zum Geschäfte gehört" oder dergleichen. Der sogenannte „Konkursmassen-Ausverkauf", welcher neuerdings in Mode gekommen ist, umfaßt auch den gesammten Inhalt des Geschäftes des Gemeinschuldners, allein dieser Ausverkauf fällt nicht unter die obige Gesetzesbestimmung, selbst dann nicht, wenn nicht blos das ganze Waarenlager ausverkauft wird, sondern auch die Ladeneinrichtung und überhaupt Alles, was zum Betriebe des Geschäftes gehört. Denn in diesen Fällen liegt keine Veräußerung des „Geschäftes im Ganzen" im Sinne des Gesetzes vor, der Ausverkauf ist und bleibt immer ein Einzelverkauf und unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Einzelverkaufe blos durch die billigeren Preise und durch die kürzere Zeit, in welcher er zu Ende gebracht zu werden pflegt, — welches Alles aber keine Begriffsänderung begründet.

Eine Veräußerung des „Geschäftes im Ganzen" kann vor Allem dann angenommen werden, wenn außer und nebst den zu demselben gehörigen Waaren, Einrichtungen, sonstigem Mobiliar und allenfallsigen zum Geschäfte gehörigen Immobilien auch die Aktiva und Passiva auf den neuen Erwerber übergehen[52]), ferner dann, wenn das Recht des Gemeinschuldners auf den Fortbetrieb des Geschäftes veräußert wird, z. B. das bezügliche Privilegium oder die Concession, wo solche gesetzlich veräußerlich sind. Endlich aber und entschieden dann, wenn die Firma auf den neuen Erwerber übergeht. Allein auch außerdem wird der Verwalter an die vorherige Zustimmung der Gläubiger gebunden sein, wenn er z. B. das gesammte Waarenlager nicht im Einzelverkauf „ausverkauft", sondern Alles zusammen um eine Pauschalsumme abgibt. Diese Maßregel ist keine im „gewöhnlichen Geschäftsleben" übliche; sie ist eine Ausnahmshandlung, und vor jedem extraordinären Thun des Verwalters die Ansicht der Gläubiger einholen zu lassen, ist meines Erachtens die dem §. 122 zu Grunde liegende ratio legis[53]).

Zu beachten ist indessen, daß die Firma von dem Konkursverwalter ohne Zustimmung des Gemeinschuldners auch nicht mit dem Geschäfte

---

51) Anderer Ansicht ist Fitting §. 23 Note 30 u. ff., während v. Wilmowski S. 385 mir beistimmt.

52) Völderndorff und Anschütz, Kommentar zum A. D. HGB. Bd I. S. 192.

53) Ebenso v. Wilmowski S. 385.

verkauft[54]) werden darf, weil dieselbe an der Person des Gemeinschuldners hängt und die in Art. 22 des A. D. HGB. vorausgesetzte Einwilligung ein rein persönliches Recht ist, welches daher nicht in die Masse fällt.

u. (das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte).

Besitzt der Gemeinschuldner ein Recht auf fortlaufende Bezüge, so wird es zunächst in Frage kommen, ob die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Einkünfte zu dem vom Gemeinschuldner bereits erworbenen Vermögen und daher zur Konkursmasse gehören. Es ist hierüber bei §. 1 bereits das Erforderliche erörtert worden[55]). Insoweit nun das Bezugsrecht zur Masse gehört und von der Person des Gemeinschuldners nicht untrennbar ist, kann es als solches veräußert werden. Da aber hierin ein sehr präjudizirlicher Akt liegt, ist die Gläubigerversammlung zu hören, bevor darüber verfügt wird[56]).

v. (Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgeben).

I. Da nach §. 1 des KO. alle nach der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zufallenden Erbschaften und Vermächtnisse nicht mehr zur Masse gehören, bezieht sich die obige Gesetzesstelle nur auf solche Fälle, in denen der Gemeinschuldner die Erbschaft oder das Vermächtniß bereits vor der Konkurseröffnung erworben hatte. Die Frage, ob ein solches Erwerben stattgefunden habe, muß nach dem jeweilig geltenden Civilrecht entschieden werden[57]). Dieses ist insbesondere darüber maßgebend, wie weit das durch Delation der Erbschaft vor der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner begründete Recht auf Antretung derselben als ein zur Zeit der Konkurseröffnung bereits im Vermögen des Kridars befindliches Werthobjekt anzusehen sei, dessen Realisirung dem Verwalter obliegt und rechtlich möglich ist.

Das Gesetz bedient sich deshalb des unbestimmten Ausdruckes: „Aufgeben", und zieht demnach hieher sowohl den Fall, daß auf bereits ange-

---

54) RG. vom 4. April 1883 (Entsch Bd. IX S. 104 und Blum's Annalen Bd. VIII S. 138).

55) Vgl. Abth. I S 79 ff

56) Ich glaube, es ist nicht ausgeschlossen, sich mit dem Gemeinschuldner zu verständigen, daß das Recht nicht (z B. mit großem Verluste) verkauft, sondern die Einkünfte auch nach Beendigung des Verfahrens den sämmtlichen Gläubigern (oder etwa mittelst Ueberweisung einem oder einigen) verbleiben. Vgl. §. 154 D.

57) Vgl. K. Prt. S. 170.

tretene Erbschaft oder ein bereits erworbenes Vermächtniß nachträglich verzichtet werden soll, als auch jenen, wo es in der Macht des Verwalters liegt, eine anzutretende Erbschaft oder ein angefallenes Vermächtniß an Stelle des Gemeinschuldners auszuschlagen.

Unter „Erbschaften" wird auch der Erwerb durch Substitution, das Recht auf die Falcidische Quart, die querela inofficiosi u. dergl.[58]), unter „Vermächtnissen" auch die Schenkungen auf den Todesfall zu verstehen sein.

II. Wenn dagegen die Erbschaft oder das Vermächtniß insoweit als ein Bestandtheil der Masse erscheint, daß der Verwalter zum vollständigen Erwerbe noch eine Handlung vorzunehmen hat (z. B. es wäre nach dem betreffenden Civilrecht die Erbschaft durch den Anfall bereits positiv erworben, es bedürfte aber noch einer formalen Handlung), so bedarf es zu dieser Handlung nicht der Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung[59]). Denn das Gesetz will nur ein eigenmächtiges Aufgeben eines möglichen Erwerbes durch den Verwalter verhin-

---

58) A hat den B in seinem Testamente zum Erben eingesetzt, aber denselben so mit Legaten beschwert, daß ihm weniger als der vierte Theil des Nachlasses übrig bleibt. B tritt die Erbschaft am 1. März 1880 an, am 4 März wird über ihn der Konkurs eröffnet Der Verwalter kann nun nicht ohne Zustimmung des Ausschusses, eventuell der Gläubigerversammlung auf das Recht, die Vermächtnisse bis auf ein freies Viertheil der Masse zu reduziren (die sog. Quarta Falcidia), verzichten (dies wird er ohnehin nicht leicht thun); er muß aber auch sofort die Inventarisirung bewirken, weil in der Unterlassung derselben ein Verzicht auf die Quart liegt (vgl. Puchta, Pandekten §. 498). Oder: Benno Bürde, Sohn des Kaufmanns Anselm Bürde, tritt die Erbschaft seines Vaters ab intestato am 1. März 1880 an; am 4. März erklärt er sich für insolvent Zum Verwalter wird der bisherige Prokurist des Geschäftes Theodor Klug ernannt, welcher vor einiger Zeit ein Fräulein Clara, die Tochter der langjährigen Haushälterin Schönthun des verstorbenen Anselm Bürde, geheirathet hat. Bei Abwicklung der Masse stellt sich heraus, daß das Heirathsgut, welches der Verlebte seinerzeit der Clara Schönthun ausgeworfen und mitgegeben, so groß war, daß dadurch das Notherbenrecht des Sohnes beeinträchtigt ist. Dem Verwalter Klug liegt nun natürlich Nichts daran, daß dieses Uebermaß von seiner Frau mittelst der querela inofficiosae dotis zurückgeholt werde, er wäre sehr geneigt, die Sache beruhen zu lassen; allein hier schlägt §. 122 Ziff. 2 der KO. ein; er darf ohne Genehmigung der Gläubiger auf die Querel nicht verzichten. Vgl. übrigens oben Bd. I S. 115.

59) Vgl. übrigens oben zu §. 5, in wie weit der Verwalter antreten kann.

dern. Hiebei ist indessen zu beachten, daß dieser Letztere — eben als Vertreter einer handlungsunfähigen Person (der Masse), gleich dem Vormund oder Kurator eines Geisteskranken — eine Erbschaft immer nur mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten darf[60]).

w (Darlehen aufgenommen).

I. „Der Zweck des Konkurses und der zur Abwicklung desselben eingeleiteten Verwaltung schließt die Aufnahme von Darlehen — ohne oder mit Sicherheitsbestellung — nicht aus; eine solche kann vielmehr häufig, um die Verwerthung von Massegegenständen zu richtiger Zeit eintreten zu lassen, um die Fortführung des Geschäftes zu ermöglichen, und aus anderen Rücksichten, geboten sein. Bei diesen Kreditgeschäften wird die Genehmigung der Gläubiger stets gefordert werden können und müssen. Die Genehmigung von einer gewissen Höhe des Schuldbetrages abhängig zu machen, verbietet sich theils dadurch, daß der Betrag nicht immer sofort schätzbar ist, theils dadurch, daß die Vorschrift leicht[61]) zu umgehen sein würde[62])". Durch diese letztere Bemerkung will indessen nicht gesagt sein, daß der Verwalter auch für jede kleine Geldentlehnung den Gläubigerausschuß berufen soll, er muß eben solche Fälle auf seine Verantwortung nehmen[63]).

II. Der Ausstellung, Acceptirung oder Girirung eines Wechsels kann ebensowohl die Aufnahme eines Darlehens als die Zahlung einer Schuld oder auch der Abschluß eines Vergleiches, die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit und so ziemlich jedes andere Geschäft zu Grunde liegen. Der Wechselverkehr ist nun in §. 121 und 122 der KO. speziell nicht erwähnt; daraus folgt, daß für das Verhältniß der Gläubiger zum Verwalter in jedem einzelnen Falle einer Wechselausstellung, Acceptirung und Girirung, welche im Namen der Masse geschieht (vgl. Abth. I S. 129),

---

60) Motive a. a. O.

61) Ich brauche statt eines Darlehens von 300 Mark nur zehn Darlehen von je 30 Mark aufzunehmen.

62) Motive.

63) Z. B. der Verwalter ist eben im Inventarisiren begriffen, als der Glaserlehrling kommt und die Rechnung für eine im Laden zerbrochene, aus der Masse zu bezahlende Fensterscheibe bringt. Der Verwalter langt in die Tasche, sieht, daß er sein Portemonnaie vergessen und entlehnt vom Schätzer zwei Mark. Wenn nun der Verwalter plötzlich sterben sollte, würde doch kein Gläubigerausschuß je so unvernünftig sein, Anstände zu erheben, weil zu dieser Schuld seine Genehmigung nicht erholt worden sei. Vgl. übrigens §. 125 der KO.

auf das unterliegende Rechtsgeschäft zurückgegangen werden muß, um hienach zu entscheiden, ob der Verwalter dazu berechtigt war oder nicht. Im Verhältniß zu Dritten kommt aber natürlich hierauf Nichts an; diesen gegenüber ist der Wechsel als solcher Verpflichtungsursache der Masse und es geht also nicht, daß z. B. eingewandt wird, der Solawechsel, welchen der Verwalter Namens der Masse ausgestellt habe, sei wegen eines vom Verwalter aufgenommenen Darlehens ausgestellt und dieses Darlehen sei von der Gläubigerversammlung nicht genehmigt worden. Die Sicherheit für die Gläubiger liegt hier, wie auch sonst in den meisten Fällen, nur in der Redlichkeit und in der Solvenz des Verwalters.

x. (fremde Verbindlichkeiten übernommen).

Auch die Nothwendigkeit der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit kann im Laufe der Verwaltung vorkommen, und zwar nicht nur wenn das Geschäft des Gemeinschuldners fortgeführt wird, sondern auch außerdem [64]). Die besondere präjudizirliche Natur dieser Rechtshandlung erfordert aber die Zustimmung der Gläubiger, sei es, daß dieselbe den bisherigen Schuldner durch Novation oder durch Schuldübernahme befreien soll (sg. privative Intercession), sei es, daß dadurch nur die bestehende Schuld bestärkt oder gesichert werden will [wie bei Pfandbestellung oder Bürgschaft [65]) für einen Andern].

Unter dem obigen Ausdruck glaube ich auch jene Fälle subsumiren zu sollen, in denen keine fremde Schuld in Frage steht, sondern eine Gefahr übernommen wird ohne Rücksicht auf eine bestehende Obligation, z. B. es scheint dem Verwalter im Interesse der Masse gelegen, daß eine gewisse Maßnahme (z. B. der Verkauf eines Anwesens eines Dritten) un-

---

64) Auf dem Hause des A ist an zweiter Stelle für den Gemeinschuldner eine Hypothek eingetragen; das Haus wird im Zwangswege versteigert, der Verwalter ersteigert es, um die Hypothek zu retten, und weil der vorgehende Hypothekgläubiger B bereit ist, sein Geld liegen zu lassen. Hier muß also für die Masse die Schuld des A an B übernommen werden.

65) Der Fall einer Bürgschaft wird selten vorkommen; doch ist mir ein Fall bekannt, wo das Depot des der Masse X verpflichteten Y Seitens der Z-Bank wegen plötzlichen Kurssinkens verkauft werden sollte, und wo, um die Papiere im Interesse der Gläubiger zu retten, der Verwalter der Masse X (die nur Immobilien besaß und also das Depot nicht verstärken konnte) sich Namens der Masse der Bank verbürgte, welche diese Bürgschaft auch aus Rücksicht annahm.

terbleibt, und er erklärt Namens der Masse, die aus dem Nichtverkauf etwa später sich ergebenden Nachtheile für den Dritten übernehmen zu wollen.

Ebenso würde der Verwalter zur Zahlung einer fremden Schuld [66]) aus der Masse die Genehmigung der Gläubiger bedürfen, wenn sich dies überhaupt einmal als Verwaltungsmaßregel ergeben würde [67]).

y. (zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet).

Es ist einerlei, ob der Gegenstand ein Immobile oder eine bewegliche Sache ist; ferner ob die Verpfändung für eine bereits bestehende Verbindlichkeit geschieht oder eine neue Schuld unter Pfandbestellung kontrahirt werden soll. Sollte es sich um eine Hypothekerrichtung handeln, so wird wohl — ohngeachtet des §. 124 der KO. — doch die Eintragung von Amtswegen verweigert werden können, bis die Genehmigung des Gläubigerausschusses beziehungsweise der Gläubigerversammlung vorliegt.

z. (Grundstücke erstanden werden sollen).

Unter „erstehen" begreift man im gewöhnlichen Leben einen Ankauf als Meistbietender in einer öffentlichen Versteigerung [68]). Die Motive (zum I. E. S. 89) erläutern auch die obige Vorschrift lediglich in dieser Richtung; sie sagen: „eine Erstehung von Grundstücken kann vornehmlich zur Rettung der für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypotheken nothwendig werden. In Preußen sind für Konkursmassen empfindliche Verluste dadurch entstanden, daß die Praxis [69]) in solchen Fällen dem Verwalter die Befugniß absprach, als Bieter aufzutreten." Die Gesetzesbestimmung hatte also die Absicht, dieser Praxis den Boden zu entziehen und der Gesetzgeber dachte demnach allerdings nur an Ersteigerung von Grundstücken [70]). Allein wenn schon in solchem Falle, wo für die

---

66) Diese Fälle rechnet man nicht zu den Intercessionen, vgl. Puchta, Pandekten §. 403, Windscheid, Pandekten §. 485.

67) Als Schenkung ist natürlich eine solche Handlung auch mit Genehmigung der Gläubiger nicht zulässig; denn hiezu haben auch diese kein Recht.

68) Grimm, Wörterbuch III S. 1008: erstehen = erwerben, erkaufen zumal im gant.

69) Vgl. Entsch. des Preuß. Obertribunals v. 19. Juni 1865 (Striethorst, Archiv Bd. 57 S. 362).

70) Der Verwalter muß sich, wenn er nicht die Verantwortung übernehmen will (was aber hier wohl kaum jemals riskirt sein wird), die Genehmigung eventuell zum Voraus verschaffen.

Masse Gefahr besteht, der Verwalter nur mit Genehmigung der Gläubiger handeln kann, so ist nicht abzusehen, weshalb es ihm freistehen sollte, Immobilien ohne eine solche dringende Nothwendigkeit für die Masse anzuschaffen. Allerdings wird zu dem Umkreise der Thätigkeit des Konkursverwalters, welche nur auf Erhaltung und Verwerthung der Masse gerichtet sein darf [71]), die Erwerbung von Immobilien selten gehören [72]); allein sie ist immerhin denkbar [73]) und nachdem das Wort „erstehen" zwar (wie in Note 68 erwähnt) gewöhnlich ein „Ersteigern" bedeutet, aber doch auch mitunter in anderem Sinne gebraucht wird [74]), so muß ich mich für die Auslegung aussprechen, daß jeder Erwerb von Grundeigenthum für die Masse der Zustimmung des Gläubigerausschusses und eventuell einer Gläubigerversammlung bedarf.

---

§. 123.

Gehör des Gemeinschuldners.

Der Verwalter [a]) hat in den Fällen der §§. 121, 122 vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, und in den Fällen des §. 121, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung [b]) dem Gemeinschuldner, sofern derselbe [c]) ohne Aufschub [d]) zu erlangen ist, von der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners [e]), so-

---

71) Vgl. Abth. I S. 127.

72) Der Fall eines Austausches von Parzellen fällt, weil darin zugleich ein Hergeben eines Immobile liegt, unter §. 122 Ziff. 1.

73) Setzen wir z. B. den Fall, es gehört ein Wald zur Masse, mitten in demselben liegt ein fremder Acker, welcher Umstand den Forstschutz sehr erschwert, und dieser Acker wird verkäuflich. Oder die Masse besitzt einen Garten; wenn man einen vor demselben liegenden Streifen Land acquiriren würde, welcher gerade billig zu kaufen ist, so wäre der Garten als Bauplatz zu verwenden und dergl.

74) Z. B. in den Versen des Dichters Kosegarten: „Wahrlich sehnsuchtswerth ist's so zu sterben, Diamanten zu ersteh'n für morsche Scherben."

ferne nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat [f]), die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersagen [g]) und zur Beschlußfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen [h]).

I. E. §. 135; II. E. §. 125; Pr H. E. —; Pr. KO. §. 160; B. P. O. —

a. (Der Verwalter hat).

In gleicher Weise, wie eine Mitwirkung der Gläubiger, erfordert die Wichtigkeit und Ungewöhnlichkeit der in den §§. 121 und 122 hervorgehobenen Rechtsgeschäfte auch eine Anhörung des Gemeinschuldners. Im eigenen Interesse wie in dem der Gläubiger muß demselben Gelegenheit gegeben werden, seine Bedenken geltend zu machen und auf eine sachgemäße Entschließung hinzuwirken. Dieses Interesse bleibt dasselbe, mag ein Gläubigerausschuß bestellt sein oder nicht. In allen Fällen soll daher der Verwalter den Gemeinschuldner benachrichtigen, daß die fragliche Handlung beabsichtigt ist; der Gemeinschuldner mag dann seine Ansicht und seine Einwendungen zur Kenntniß des Verwalters und der Gläubiger bringen [1]).

Ueber die Art der Benachrichtigung ist eine Vorschrift nicht gegeben; der Verwalter kann daher dem Gemeinschuldner einen Brief schreiben [2]), er kann demselben einen Besuch machen, er kann aber sicherlich auch demselben sagen lassen, „er habe mit ihm über eine wichtige Verwaltungsmaßregel zu sprechen." Kommt daraufhin der Gemeinschuldner nicht, so ist dies seine Sache [3]), er kann sich nicht weiter beschweren.

Der Gläubigerausschuß und die Gläubigerversammlung können die Beschlußfassung aussetzen, wenn der Verwalter nicht richtig und nicht rechtzeitig dem Gemeinschuldner Nachricht gegeben hatte [4]).

---

1) Nach den Motiven.

2) Stieglitz S. 513 bemerkt mit Recht, daß schriftliche Benachrichtigung wegen des durch den Postschein zu erbringenden Nachweises praktischer ist.

3) Die Frage, wer zu dem Anderen zu gehen hat, ist juristisch gewöhnlich als indifferent unentschieden gelassen. Praktisch aber hängt in der Regel sehr Viel davon ab und die Parömie: „Der Herr N. N hat zu mir gerade so weit als ich zu ihm" hat schon viele Prozesse verursacht.

4) v. Sarwey S. 657.

b. (vor der Vornahme der Rechtshandlung).

Provisorische Maßnahmen und eventuelle Vertragsabschlüsse sind auch hier nicht ausgeschlossen. (Vgl. oben S. 319 u. 320).

c. (dem Gemeinschuldner, sofern derselbe — zu erlangen ist).

Der Ausdruck ist etwas eigenthümlich; „erlangen" gebraucht man sonst nur von einer Sache [5]). Der I. E. hatte den Beisatz: „im Bezirke des Gerichts" und offenbar ist damit gemeint gewesen, „soferne die Person des Gemeinschuldners sofort anzutreffen ist." So wie jetzt das Gesetz lautet, wird man interpretiren dürfen: „soferne eine Benachrichtigung ohne Aufschub möglich ist" [6]).

d. (ohne Aufschub).

Dieser Ausdruck ist etwas dehnbar und unbestimmt und es können hierdurch in der Praxis große Schwierigkeiten entstehen; indessen wird man im Allgemeinen die Worte identifiziren dürfen mit dem „ohne Verzug" in §. 15 Abs. 2 der KO. (vgl. Abth. I S. 229).

Zuvörderst wird man unterscheiden müssen, ob sich der Gemeinschuldner gemäß §. 93 Abs. 1 der KO. mit Erlaubniß des Gerichtes von seinem Wohnorte entfernt hat, oder ohne Erlaubniß. Im ersteren Falle braucht ihm der Konkursverwalter nicht nachzuforschen und um seinen Aufenthaltsort sich gar nicht zu bekümmern, sondern kann die bezügliche Maßregel ungehindert vornehmen, ohne vorher dem Gemeinschuldner Mittheilung von dem Vorhaben zu machen. Im anderen Fall aber wird es darauf ankommen, ob der Verwalter sofort bei Gericht erfahren kann, wo der Gemeinschuldner sich momentan aufhält, oder ob man erst noch Recherchen anzustellen hat. Ist Letzteres nothwendig, so kann dem Verwalter nicht zugemuthet werden, auf deren Resultat zu warten. Ist aber der Aufenthaltsort bekannt, so muß er die Nachricht mindestens abgehen lassen. Das Zuwarten auf Antwort hängt davon ab, ob der Gemeinschuldner sich in solcher Entfernung von dem Wohnorte des Verwalters aufhält, daß er über die beabsichtigte Maßregel ohne Verzögerung entweder mündlich oder brieflich sich äußern kann, und daß durch ein Abwarten dieser Rückäußerung die Maßregel selbst nicht über die Zeit hinausgeschoben zu werden braucht, innerhalb welcher sie entweder wegen

---

5) Er ist aus der Pr. KO. §. 152 Nr. 3 herübergenommen.

6) §. 160 der Pr. KO. lautete: „soferne der Gemeinschuldner ohne Aufenthalt vernommen werden kann."

eines Fristenlaufes oder zur sicheren Zweckerreichung vorgenommen werden muß. — Keinenfalls aber ist der Verwalter verpflichtet, länger zuzuwarten, als es ohne Nachtheil für die beabsichtigte Maßregel thunlich erscheint. Wenn übrigens die Entfernung des Gemeinschuldners vom Konkursgerichte so weit ist, daß die Mittheilung unter allen Umständen überhaupt an ihn rechtzeitig nicht oder nicht ohne namhafte Kosten möglich ist, darf sicherlich von vorneherein die Mittheilung umgangen werden, sie wäre ja vollkommen unnöthig. Daß der Ausdruck im Gesetzestexte „soferne derselbe (nämlich der Gemeinschuldner) ohne Aufschub zu erlangen ist", nicht so verstanden werden darf, als ob eine persönliche, mündliche Mittheilung nothwendig wäre, sondern daß es genügt, wenn eine schriftliche Benachrichtigung rechtzeitig möglich ist, wurde bereits oben erwähnt und bedarf mit Hinblick auf den Grund und Zweck des Gesetzes wohl keiner weiteren Erörterung [7]).

e. (auf Antrag des Gemeinschuldners).

Wenn der Gemeinschuldner sich ohne Erlaubniß des Gerichtes entfernt oder seinen Aufenthalt, mit Erlaubniß des Gerichtes, an einem so weit entfernten Orte genommen hat, daß die rechtzeitige Mittheilung an ihn von der beabsichtigten Maßregel nach dem gewöhnlichen Geschäftsgange nicht mehr möglich gewesen wäre, wenn jedoch aus anderen Gründen, durch zufällige Umstände, die Ausführung der Maßregel vorläufig noch unterblieben ist, nunmehr aber der Gemeinschuldner nachträglich beantragt, daß dieselbe vom Gerichte vorläufig untersagt werden soll, so entsteht die Frage, ob in solchem Falle der Antrag auf Untersagung noch berücksichtigt werden darf. Mit Hinblick auf den Grund und Zweck des Gesetzes, und weil in der kritischen Gesetzesstelle keine Unterscheidung gemacht ist, glaube ich, daß die Frage zu bejahen ist.

f. (soferne nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat).

Das Gesetz will mit seiner Bestimmung ein Doppeltes gewähren: vor Allem soll es dem Gemeinschuldner ermöglicht sein, durch Einwendungen und Vorbringen von Gründen den Verwalter von seinem Vorschlage oder eventuell den Gläubigerausschuß von der Genehmigung des Vorschlages abzubringen. Wenn ihm aber dies nicht gelingt, so soll er

---

7) Da, wie bemerkt, die Worte des I. E. „im Gerichtsbezirke" weggefallen sind, kann es nicht darauf ankommen, ob der Gemeinschuldner im Bezirke oder außerhalb desselben sich aufhält.

das Recht haben, vom Bescheide des Verwalters oder des Ausschusses auf den Beschluß einer Gläubigerversammlung zu provoziren [8]). Es liegt also hierin eine Ausnahme von der Bestimmung des §. 85 der KO., wonach der Gemeinschuldner in der Regel nicht zu den Personen gehört, auf deren Begehren die Gläubigerversammlung berufen werden muß [9]). Gegen einen Beschluß der Generalversammlung kann der Gemeinschuldner keine Einwendung mehr erheben.

g. (vorläufig untersagen).

Wie die Motive [10]) ausdrücklich bemerken, bleibt neben diesem vorläufigen Untersagungsrechte die in §. 91 der KO. eingeräumte Befugniß des Konkursrichters, die Ausführung beschlossener Maßregeln überhaupt unter Umständen zu verbieten, unberührt. Es kann daher die Maßregel von Seite des Richters auch dann, wenn „die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat", untersagt werden; aber diese Untersagung ist keine vorläufige, sondern eine definitive, und sie kann nur unter der Voraussetzung des §. 91 der KO. erfolgen, nemlich auf Antrag eines überstimmten Gläubigers [11]) und nicht, wie die vorläufige Untersagung, weil der Gemeinschuldner protestirt, sondern nur wegen Benachtheiligung des gemeinsamen Interesse der Gläubiger.

Verwirft das Gericht den Antrag auf vorläufige Untersagung, so steht dem Gemeinschuldner, andernfalls dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu [12]).

h. (eine Gläubigerversammlung berufen).

Die Worte „ohne Aufschub" kehren im zweiten Absatze des Paragraphen nicht wieder. Wenn daher auch der Verwalter einwenden wollte: „die von mir beabsichtigte Maßregel verträgt es nicht, daß ich damit zu-

---

8) Motive.

9) Vgl. oben S. 112.

10) Zum II. E. S. 357.

11) Die in §. 91 weiter erwähnte Modalität „auf Antrag des Verwalters" kann hier, weil ja der Verwalter die Maßregel vorschlägt, in der Regel nicht vorkommen; doch wäre denkbar, daß die Maßregel in der Gläubigerversammlung so modifizirt würde, daß der Verwalter Nichts mehr von ihr wissen wollte.

12) Ebenso Stieglitz S. 513. Dagegen will Fitting §. 23 Note 39 dem Gemeinschuldner im Falle der Verweigerung der Untersagung die Beschwerde versagen, weil das Gericht in diesem Falle einen förmlichen Beschluß gar nicht zu erlassen braucht.

warte, bis die Versammlung stattgefunden hat" [13]), würde dadurch die Sachlage doch nicht geändert. Der Gemeinschuldner muß seinen Protest „ohne Aufschub" geltend machen; ist dieser aber einmal bekannt, dann hat derselbe gleichsam „Suspensiveffekt."

---

§. 124.

Gültigkeit gegenüber von Dritten.

Durch die Vorschriften der §§. 121—123 [a]) wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung [b]) des Verwalters dritten Personen gegenüber [c]) nicht berührt [d]).

I. E. — II. E. §. 123; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O. —

a. (Durch die Vorschriften der §§. 121—123.)

Der Verwalter ist nach Außen zufolge des §. 5 der KO. der Vertreter der Masse und also der gesetzliche Disponent über dieselbe, die in den vorhergehenden drei Paragraphen gegebenen Vorschriften sind nur Kautelen für den inneren Geschäftsgang; ihre Nichtbeachtung begründet eine Verantwortlichkeit des Verwalters den Gläubigern und allenfalls dem Gemeinschuldner gegenüber, weiter aber hat dieselbe keine Wirkung.

b. (Gültigkeit einer Rechtshandlung).

Wenn zu der Zeit, zu welcher ein Gläubigerausschuß bestellt wurde oder beziehungsweise eine beschlußfähige Gläubigerversammlung zu Stande gekommen ist, die betreffende Rechtshandlung des Verwalters auf Grund des vor diesen Ereignissen ihm gesetzlich zugestandenen unbeschränkten Dispositionsrechtes bereits beschlossen und theilweise auch schon ausgeführt, aber zu ihrer Vollendung bezw. Endgültigkeit noch irgend etwas erforderlich war [1]), so fragt es sich, ob im Sinne des §. 124 dergleichen Ge-

---

13) Da nach §. 324 der KO. indessen die Gültigkeit des Geschäftes mit dem Dritten durch die Vorschrift des §. 123 nicht berührt wird, kann der Verwalter auf seine Verantwortung hin die Maßregel in solchem Falle doch vornehmen. Sobald er sicher ist, daß ihn die Gläubigerversammlung nicht „sitzen läßt", riskirt er Nichts.

1) Z. B. wenn der Verwalter mit einer minderjährigen oder sonst kuratelmäßigen Person (z. B. mit einer Gemeinde oder Stiftung) unter Vorbe-

schäfte gültig sind, sofern das zur Perfektion derselben erforderliche Ereigniß, z. B. die Kuratelgenehmigung, erst dann eintritt, wenn mittlerweile ein Gläubigerausschuß oder bezw. eine beschlußfähige Gläubigerversammlung zu Stande gekommen war, — oder ob in solchem Falle der Verwalter von dem betreffenden Vertrage oder Vergleiche wieder zurücktreten oder wenigstens die Gültigkeit desselben von der Genehmigung des Gläubigerausschusses oder bezw. der Gläubigerversammlung abhängig machen kann? Ich glaube, daß die Handlung gültig bleibt und nicht mehr widerrufen werden kann, — weil der §. 124 unbedingt von Rechtshandlungen des Verwalters spricht, ohne zu unterscheiden, ob solche in bereits perfekten und endgültigen Verträgen bestehen, oder ob zur Perfektion und Endgültigkeit noch weitere Ereignisse erforderlich sind, soferne die letzteren nur von der Art sind, daß nach den jeweiligen Civilgesetzen kein Contrahent von dem Vertrag eher zurücktreten kann, als bis das noch ausstehende Ereigniß entweder eingetreten oder bis gewiß ist, daß dasselbe nicht eintreten wird.

c. (dritten Personen gegenüber).

Das Gesetz spricht hier ganz allgemein; die Motive aber scheinen die Tragweite des Ausdruckes einzuschränken. Es heißt in diesen an der betreffenden Stelle [2]): „Erregt schon jede gesetzliche Einschränkung eines vertragsmäßigen Disponenten, Prokuristen, Liquidators u. s. w. dem Publikum gegenüber Bedenken, so steigern sich dieselben bei einer gesetzlichen Stellvertretung. Unmöglich kann dem Publikum die Prüfung zugemuthet werden, ob ein Gläubigerausschuß bestellt, ob vorschriftsmäßig die Gläubigerversammlung berufen, ob ordnungsmäßig ein Beschluß des Ausschusses oder der Versammlung zu Stande gekommen ist, in welcher Lage der Konkurs sich befindet, welche Gründe zu einem Verkaufe drängen, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft zu der einen oder anderen oder zu keiner der beiden Kategorien des §. 121 und 122 zu rechnen ist und dergleichen.“ Nach diesen Ausführungen müßte man annehmen, das Gesetz wolle nur die Erkundigungspflicht des Publikums beseitigen, wolle dasselbe schützen gegen Nachtheile, welche ihm aus Unkenntniß der inneren Verhältnisse des Konkursverfahrens zugehen würden; das heißt es solle sich

---

halt der Kuratelgenehmigung einen Vertrag oder Vergleich über einen Werthgegenstand von mehr als 300 Mark geschlossen oder an eine Person dieser Art einen unbeweglichen Gegenstand aus freier Hand verkauft hatte.

2) Motive zum II. E. S. 356.

der §. 124 nur auf den gutgläubigen Dritten beziehen. Ich glaube aber, man muß bei den Worten des Gesetzes stehen bleiben und es kommt auf den guten oder bösen Glauben des Dritten nicht an. Dieß scheint ungerecht, aber es scheint nur so. Nehmen wir vor Allem den Fall, daß die Handlung, um welche es sich fragt, eine der Masse vortheilhafte ist, z. B. das Haus des Gemeinschuldners an der Ecke der Jägerstraße wird um 200,000 Mk. von dem Verwalter an den Maurermeister Steinbrüchel verkauft, der aber nur deshalb den hohen Preis bezahlt, weil man glaubt, es werde die Straße auf den Dultplatz verlängert werden. Als sich dies als unrealisirbar darstellt, will Steinbrüchel den Umstand, daß der Verwalter den Verkauf ohne Genehmigung des Gläubigerausschusses vorgenommen, benützen und mit dem Umstande, daß er dies wohl gewußt habe, vom Kaufe als einem ungültigen zurücktreten. Niemand wird bezweifeln, daß dies unzulässig und sogar ungerecht wäre. Einen anderen Anschein hat folgender Fall: der Gemeinschuldner hat eine Papierfabrik, für welche der mit 60,000 Mark Wechsel in der Gant betheiligte Bankier Silbersack ein Angebot von 200,000 Mark legt. Der Verwalter beruft eine Gläubigerversammlung, welcher Silbersack gleichfalls anwohnt; diese spricht sich gegen den Verkauf aus, demohngeachtet schließt der Verwalter mit dem Bankier das Geschäft nachträglich ab. Wir wollen vorerst von dem Umstande absehen, ob Silbersack ein „Dritter" ist [3]); dessen Kenntniß vom Verbote der Gläubigerversammlung aber macht jedenfalls an und für sich das Geschäft nicht ungültig. Erachten die Gläubiger es nachträglich für angemessen, keine Einwendung über den Vollzug zu erheben, so bleibt der Verkauf perfekt. Fühlen sie sich aber benachtheiligt, so ist es ihre Sache, die Einrede des Betruges (die exceptio doli) zu begründen [4]).

d. (nicht berührt).

Der Ausdruck „die Gültigkeit wird nicht berührt" ist kein ganz glücklicher; die ursprüngliche Fassung: „die Giltigkeit ist von der Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung nicht abhängig" war besser; sie wurde auch nur deshalb geändert [5]), damit nicht die Meinung entstehe, die Giltigkeit sei zwar nicht von dieser Genehmigung, wohl aber von der in §. 123 Abs. 1 vorgeschriebenen Benachrichtigung des

---

3) Siehe lit. d.

4) Vgl. Völderndorff und Anschütz, Kommentar zum A. D. HGB. Bd. I S. 333.

5) Vgl. K. Prt. S. 90 und 170.

Gemeinschuldners abhängig. Wenn nun also die obigen Worte des Gesetzes materiell offenbar Nichts sagen sollen, als was der Entwurf ausdrückte, so ist es keine Frage, daß die Außerachtlassung der Vorschriften in §. 121—123 der KO. das Geschäft hinsichtlich seiner Gültigkeit überhaupt nicht berührt, daß die Gültigkeit von jener Außerachtlassung nicht abhängig ist, und zwar auch den Gläubigern gegenüber nicht; der Ausdruck ist also nicht blos dahin auszulegen: „Dritte können sich auf diese Vorschriften nicht berufen, um das abgeschlossene Geschäft als ungültig zu erklären", sondern auch dahin: „Dritten gegenüber können sich die Gläubiger nicht auf jene Vorschriften berufen, sondern nur dem Verwalter gegenüber." Das heißt also, ein solches Geschäft ist in jeder Richtung nach außenhin bindend, nur haftet der Verwalter für allen Schaden gegenüber den Gläubigern. Wie steht es nun aber hinsichtlich des Verhältnisses von Gläubigern zu Mitgläubigern? Wenn das fragliche Geschäft vom Verwalter mit einem Konkursgläubiger abgeschlossen worden ist [6]), so erscheint nach meiner Meinung in dieser Beziehung dieser Konkursgläubiger insoferne als „Dritter", als auch er der Masse gegenüber Rechte und Pflichten überkommt, gleich als hätte der Verwalter vollständig die zu seinem Geschäftsabschlusse erforderlichen Ermächtigungen erholt [7]). Mit anderen Worten, das Gesetz wollte unter dem Dritten nur die Gegenkontrahenten beim Geschäftsabschlusse im Gegensatze zum Verwalter bezeichnen und ausdrücken, daß die §§. 121—123 nur die zwischen dem Verwalter und den Gläubigern (in ihrer Eigenschaft als Berechtigte an der Masse) bestehende Verantwortlichkeit berühren, nicht aber das Rechtsverhältniß zwischen dem Verwalter und Demjenigen, welcher mit ihm kontrahirt [8]).

---

6) Vgl. das Beispiel auf der vorigen Seite.

7) Natürlich bleiben Ansprüche auf Schadensersatz wegen dolus immer vorbehalten.

8) Hieraus ergibt sich auch, daß, wo es nicht um bereits erworbene Rechte Dritter sich handelt, allerdings die mangelnde Genehmigung der Gläubiger das Geschäft „berührt". So ist bereits bei §. 122 lit. k ein Fall angegeben worden; ebenso wird z. B. in dem Falle der Note 58 zu §. 122 nachträglich die Geltendmachung der Rechte ohne Rücksicht auf die bisherigen Unterlassungen des Verwalters durch einen neuen Verwalter betrieben werden können u. s. w.

§. 125.

Quittungen und Anweisungen des Verwalters a).

Wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist [b]), und die Gläubigerversammlung nicht ein Anderes beschließt [c]), bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Werthpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle [d]) und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle [e]) zu ihrer Gültigkeit [f]) der Mitzeichnung [g]) eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses.

I. E. §. 136; II. E. §. 124; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. P. O. —.

a. (Quittungen und Anweisungen des Verwalters).

Die wichtigste Seite des Geldverkehrs sind die Zahlungen des Verwalters aus der Konkursmasse. Am sichersten werden dieselben bewirkt, indem der Verwalter die Empfänger anweist, sich ihre Forderung da, wo die Masse deponirt ist (vgl. §. 118 Abs. 2 u. §. 120 Abs. 1), auszahlen zu lassen. Indessen ist dies nicht immer thunlich; der Verwalter kann in die Lage kommen, selbst Geld erheben zu müssen. Der §. 125 behandelt diese beiden Fälle und gibt die Vorschriften, inwieweit der Verwalter Geld oder Werthgegenstände aus der Masse weggeben kann.

b. (Wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist).

Die Vorschrift des §. 125 bezieht sich dem vorstehenden Ausdrucke nach nicht auf die Zeit von der Eröffnung des Konkurses bis zur Bestellung eines Ausschusses durch den Richter nach §. 79 [1]); allein in dieser Zeit wird ohnehin nicht leicht eine der im vorstehenden Paragraphen gedachten Handlungen vorkommen. Würde es dennoch der Fall sein, so kann der Verwalter selbständig handeln. Gesetzt also der Verwalter hätte sofort bei der Ganteröffnung das vorgefundene baare Geld bei der Hypotheken- und Wechselbank deponirt und bedarf einige Tage später (und noch ehe ein Ausschuß bestellt ist) einer Summe, so kann er diese für sich allein erheben und quittiren.

c. (und die Gläubigerversammlung nicht ein Anderes beschließt).

Die Gläubigerversammlung kann den Verwalter freier stellen, als die gesetzliche Regel ist, sie kann beschließen, daß der Verwalter den Aus-

---

1) Denn da bis dahin noch keine Gläubigerversammlung stattgefunden hat, kann diese nichts Anderes beschlossen haben.

schuß **nicht** beiziehen muß [2]). Dagegen ist der umgekehrte Fall nicht in dem Paragraphen enthalten. Wenn nämlich ein Gläubigerausschuß **nicht** bestellt ist, kann der Verwalter die fraglichen Quittungen und Anweisungen **allein** fertigen, und es ist nicht gesagt, daß die Gläubigerversammlung für diesen Fall etwas Anderes beschließen und z. B. verfügen könnte, daß das Gericht oder ein bestimmter Gläubiger mitzeichnen müsse. „Enthalten sich die Gläubiger der Bestellung eines Gläubigerausschusses, so verzichten sie zugleich auf die Garantie, welche §. 125 bietet." (Motive).

d. (**von der Hinterlegungsstelle**).

Der Paragraph bezieht sich nicht auf den Verkehr des Publikums mit dem Verwalter [3]), sondern auf denjenigen des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle. Der Verwalter kann demnach auch ohne Mitzeichnung dem Schuldner des Kridars, welcher zahlt, rechtsgültig quittiren. Er kann ebenso, wenn z. B. das Geschäft des Gemeinschuldners fortbetrieben wird, eine Anweisung auf die Geschäftskasse ausstellen, ohne eine weitere Förmlichkeit zu beobachten.

e. (**Anweisungen — auf die Hinterlegungsstelle.**)

Das Wort „Anweisung" ist extensiv zu interpretiren; die wichtigste und präjudizirlichste Art der Anweisung (in materieller Bedeutung des Wortes) ist der Wechsel. Die gesetzliche Bestimmung wäre illusorisch, wenn dem Verwalter zwar die einfache „Anweisung" verboten, das Wechseltrassiren aber gestattet wäre [4]).

f. (**zu ihrer Gültigkeit**).

Wenn die Hinterlegungsstelle ohne die in §. 125 vorgeschriebene Mitzeichnung an den Verwalter Etwas verabfolgt, so wird sie der Masse gegenüber nicht entlastet. Erstere wird sich daher, bevor sie eine Anweisung honorirt oder gegen Quittung des Verwalters zahlt, zu vergewissern haben, daß entweder die Mitunterschrift eines Ausschußmitgliedes vorhanden ist, oder die Gläubigerversammlung Dispens ertheilt hat.

g. (**Mitzeichnung**).

Es könnte der Zweifel entstehen, ob diese Gesetzesbestimmung auch bezüglich derjenigen Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten gilt, welche

---

2) Die Praxis erachtet die Vorschrift des §. 125 als eine überflüssige Kautel, weshalb — wie mir versichert wird — die Generalversammlungen regelmäßig dispensiren.

3) K. Prt. S. 88.

4) Ebenso v. **Wilmowski** S. 389. Dagegen beschränken **Petersen** S. 293 u. v. **Sarwey** S. 660 den §. 125 auf die „Anweisung" im technischen Sinne.

vom Konkursverwalter gemäß §. 108 Abs. 2 bereits vor der Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung und bezw. vor der Bestellung eines Gläubigerausschusses nach eigenem Ermessen des Verwalters vermöge der ihm damals noch zugestandenen Selbständigkeit bei einer Hinterlegungsstelle hinterlegt worden wären. Für die Verneinung dieser Frage scheint der Umstand zu sprechen, daß die Rechtsverhältnisse aus dem Depositum, oder, wenn die bezüglichen Gelder oder Werthpapiere als Darlehen angelegt wurden, die Rechtsverhältnisse aus dem Darlehen nur zwischen den betreffenden Kontrahenten oder deren Rechtsnachfolgern bestehen und daß daher im unterstellten Falle die Hinterlegungsstelle bezw. die Personen, bei welchen die Gelder ꝛc. hinterlegt oder angelegt wurden, sich nicht darum zu bekümmern haben, ob die bezüglichen Quittungen und bezw. Anweisungen des Verwalters von einem Mitglied eines erst nach dem betreffenden Depositum oder Darlehen zu Stande gekommenen Gläubigerausschusses mitgezeichnet sind oder nicht. Ich glaube aber gleichwohl, daß die Frage zu bejahen ist, weil der §. 125 nicht unterscheidet und weil hiefür der Grund und Zweck des Gesetzes spricht, die Konkursmasse wenigstens von dem Zeitpunkt an, in welchem ein Gläubigerausschuß bestellt ist, gegen eigenmächtige Zurücknahme von Geldern, Werthpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle oder gegen eigenmächtige Anweisungen auf letztere von Seite des Verwalters zu schützen. Als selbstverständlich dürfte zu betrachten sein, daß die Personen der Hinterlegungsstelle für Hinausgabe von Geldern ꝛc. an den Verwalter auf dessen alleinige Quittung oder an dritte Personen auf dessen alleinige Anweisung nur dann haftbar sind, wenn ihnen vorher vom Konkursgericht amtlich mitgetheilt worden war, daß ein Gläubigerausschuß bestellt sei, oder aus welchen Personen derselbe bestehe [5]). Wenn freilich nicht blos die Hinterlegung sondern auch die Zuücknahme vor der Bestellung eines Gläubigerausschusses erfolgt, so wäre umgekehrt zu entscheiden. Vgl. lit. b.

---

5) v. Sarwey S. 660 ist der Ansicht, daß das Gericht eine Verpflichtung zur Verständigung der Hinterlegungsstelle nicht habe, daß vielmehr es dieser selbst obliege, durch die Forderung beglaubigter Abschriften aus den Protokollen oder durch eigene Einsicht derselben sich davon zu überzeugen, welche Unterschriften zu einer gültigen Quittung oder Anweisung nach §. 125 der KO. erforderlich sind. Wie sich die Praxis gestaltet hat, konnte ich nicht erfragen, da, wie bereits erwähnt, der Verwalter in allen bisher vorgekommenen Fällen dispensirt wurde.

Vierter Titel.

Schuldenmasse.

Die vorstehende Titelüberschrift ist zu lesen: „Ermittlung und Feststellung der Schuldenmasse", indem es sich in den folgenden zehn Paragraphen um das bisher sogenannte „Liquidations- und Prioritätsverfahren" handelt. Schon aus der soeben genannten geringen Zahl von Paragraphen ergibt sich, in welch' einschneidender Weise die Konkursordnung in dieser Materie mit dem herkömmlichen Rechte gebrochen hat[1]); denn in diesen kurzen Sätzen findet sich Alles zusammengefaßt, was bisher so ziemlich den ganzen Konkursprozeß ausmachte, die Ausmittelung der konkurrenzberechtigten Gläubiger, die Herstellung der Liquidität ihrer Forderungen und die Abwicklung aller Widersprüche und Einreden, endlich die Feststellung des Prioritätsverhältnisses der mehreren Forderungen untereinander[2]).

Betrachten wir den Inhalt des Titels im Einzelnen, so behandeln die §§. 126—128 die Anmeldung der Forderungen[3]), §§. 129—132 sprechen vom Prüfungstermine[4]), dessen Resultat die in §. 133 bestimmte Tabelle zusammenfaßt. Für das gesammte Gebiet der Auseinandersetzung der streitigen Ansprüche sind die §§. 134—136 maßgebend.

Wie die Motive bemerken, haben sich die im nachfolgenden Titel aufgestellten Grundsätze über die Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Konkursforderungen im Geltungsbereiche der Preußischen Konkursordnung vorzüglich bewährt und nicht mit Unrecht seien die betreffenden Abschnitte als die Glanzpunkte des soeben genannten Gesetzes bezeichnet worden. Nachdem nun unser Gesetz im Allgemeinen die Grundlagen adoptirte und

---

1) Allerdings nur nach dem Vorbilde der Französischen und Preußischen Gesetzgebung.

2) Freilich wird dies durch den Ausschluß der Absonderungsberechtigten sehr erleichtert.

3) Das Stadium des Gemeinrechtlichen ersten Ediktstages.

4) Dieser entspricht im Allgemeinen dem zweiten Ediktstage.

nur bestrebt war, „einmal dem Verfahren eine noch größere Beschleunigung und Einfachheit zu geben, sodann dasselbe so zu konstruiren, daß dadurch sowohl für alle späteren Verhandlungen im Konkurse als auch unter Umständen über den Konkurs hinaus für die Verfolgung der Ausfälle gegen den gewesenen Gemeinschuldner eine judikatmäßig feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde" [5]), — war zu hoffen, daß dem neuen Verfahren noch ein größeres Lob zu Theil wird. Und wirklich hat sich auch in der bisherigen Praxis das Gesetz gerade in dieser Richtung vollkommen bewährt.

Bei der ersten Lesung (K. Prt. S. 90) hat der Regierungsvertreter (Reg.-Rath Hagens) in seiner gewohnten meisterhaften Weise das ganze System des neuen Verfahrens in ein klares Bild zusammengefaßt, welches hier wiederzugeben ich mir nicht versagen kann:

„Sogleich bei der Konkurseröffnung wird eine Anmeldefrist und weiter ein Prüfungstermin angesetzt. In diesem Termine werden alle bis zum Ablauf der Anmeldefrist angemeldeten und — sofern dagegen Nichts eingewendet wird — auch die nachträglich angemeldeten Forderungen geprüft. Wird die Forderung anerkannt, so gilt sie als festgestellt. Wird sie vom Konkursverwalter oder von einem Konkursgläubiger bestritten und wird der erhobene Widerspruch nicht durch Erörterungen oder Erhebungen beseitigt, so gilt sie als streitig; dann wird noch im Termine über das Stimmrecht der Forderung verhandelt. Im Uebrigen bleibt das Weitere den Betheiligten überlassen; in der Regel ist es Sache des Gläubigers, den Widerspruch zu beseitigen und die Feststellung der Forderung zu erwirken, entweder durch Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Rechtsstreites, oder durch Erhebung einer Feststellungsklage. Diese Prozesse haben aber mit dem Konkursverfahren nichts zu thun und sind nicht als Theile desselben anzusehen. Von jeder stattfindenden Vertheilung werden einige Zeit vorher die Gläubiger benachrichtigt, um den Inhabern streitiger Forderungen Zeit zur Ueberlegung zu lassen, ob sie noch vor der Vertheilung den Prozeß aufnehmen, beziehungsweise anstellen wollen. Ist das Eine oder Andere geschehen, so wird ihre Dividende zurückbehalten, anderenfalls werden sie bei der betreffenden Vertheilung nicht berücksichtigt".

---

5) Dies ist sowohl in den Motiven zum I. E. wie in jenen zum II. E., welche beide — wie bereits früher (Abth. I S. 20) bemerkt — im Wesentlichen den Geh. Reg.-Rath Hagens zum Verfasser haben, näher dargelegt.

§. 126.

Anmeldefrist.

Die Frist zur Anmeldung [a]) der Konkursforderungen [b]) beträgt [c]) drei Wochen bis drei Monate [d]). Der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine soll [e]) mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen.

I. E. §. 138; II. E. §. 126; Pr. H. E. Art. 815—818; Pr KO. §. 164—168; B. Pr. O. Art. 1254.

a. (Frist zur Anmeldung).

Das Gemeinrechtliche Konkursverfahren kannte für die Anmeldung der Konkursforderungen nicht eine Frist, sondern einen bestimmten Termin; „alle und jede Gläubiger sollen sich bei Verlust ihrer Forderungen an dem ersten Ediktstage melden", sagte z. B. die Bayerische Gerichtsordnung (Cap. XIX §. 5). In doppelter Hinsicht weicht die Konkursordnung von diesem System ab; statt des sog. Professionstermines ist eine Anmeldefrist eingeführt, die Gläubiger haben also eine fortlaufende Reihe von Tagen für sich, um ihre Forderungen zur Kenntniß des Gerichtes zu bringen und, was noch wichtiger ist, es wird kein Rechtsnachtheil des Ausschlusses [1]) der nicht rechtzeitig angemeldeten Forderungen mehr angedroht [2]). Statt des völligen Ausschlusses stellt die D. KO. in §. 130 lediglich den Rechtsnachtheil auf, daß diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen oder die für dieselben beanspruchten Vorrechte erst nach Ablauf der Anmeldefrist oder sogar erst nach dem ersten Prüfungstermin angemeldet haben, die Kosten des alsdann anzuberaumenden besonderen Prüfungstermines zu tragen haben. Da diese Kosten wegen der zur Anberaumung eines besonderen Prüfungstermines nothwendigen Bekanntmachungen und besonderen Zustellungen und nach Umständen auch wegen der

---

1) Im neueren Bayer. Prozeß war vermöge Art. 1270 diese Präklusion, wenn auch eingeschränkt, noch vorhanden.

2) Diese Neuerung ist inhaltlich der Motive (wie erwähnt nach dem Vorbilde des Preußischen und theilweise auch des Französischen Konkursverfahrens) geschaffen worden, weil man zu der Einsicht gelangt ist, daß das Ausschluß-System ungerecht oder wenigstens zu hart ist und daß die durch dasselbe erstrebten Vortheile sich in der Praxis als illusorisch erwiesen haben wegen der schrankenlosen Zulassung von Restitutionen, zu welcher man sich genöthigt gesehen hat, um die Härten des Präklusiv-Systemes zu mildern.

durch den neuen Prüfungstermin entstehenden Reisekosten und Versäumnisse derjenigen Gläubiger und Anwälte, welche dem letzteren zur Wahrung ihrer Rechte beiwohnen wollen, oft zu beträchtlicher Höhe anwachsen können, so wird der erwähnte Rechtsnachteil stark genug sein, um die Gläubiger zur Einhaltung der Anmeldefrist, wenigstens der Regel nach, zu veranlassen.

b. (der Konkursforderungen).

Wie bereits mehrfach erwähnt worden ist, unterscheidet sich die Konkursordnung auch darin wesentlich von dem Gemeinen Rechte und den meisten Partikularrechten, daß nicht „alle und jede" Gläubiger, sondern lediglich die persönlichen Gläubiger ihre Ansprüche zum Prüfungstermine anzumelden haben. Das Nähere ist in dieser Hinsicht in der Abth. I S. 98 ff. erörtert worden und mag hier nur nochmals aufmerksam gemacht werden, daß Absonderungsberechtigte, soweit sie eventuelle Befriedigung aus der Masse beanspruchen, weil sie eben in dieser Richtung nur persönliche Gläubiger sind, allerdings an die Anmeldefrist gebunden erscheinen. Soweit aber dies nicht der Fall ist, soweit nur Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masse-Ansprüche in Frage kommen, ist ihre Geltendmachung an keine Frist gebunden.

c. (beträgt).

I. Die Vorschrift des Gesetzes ist kategorisch; die Betheiligten haben ein Recht darauf, daß die Frist weder kürzer, noch länger sei, als der Paragraph vorschreibt. Es kann also, wenn eine kürzere Frist vorgesetzt wird, wegen der hierin liegenden Beschränkung in der Anmeldungsmöglichkeit, wenn aber die Frist über drei Monate hinaus bestimmt würde, wegen der dadurch herbeigeführten Verschleppung des Verfahrens sofortige Beschwerde erhoben werden. Und zwar von Jedem, der betheiligt erscheint; also im zweiten Falle auch vom Gemeinschuldner.

II. Die Anmeldung ist nicht rechtzeitig, wenn sie nicht während der Frist einläuft. Die Frage, ob solches der Fall ist, wird aber wichtig nicht blos wegen der in lit. a erwähnten hiedurch veranlaßten Kostenpflicht, sondern auch wegen der in §. 13 der KO. enthaltenen Bestimmung, daß durch eine Anmeldung — worunter natürlich nur eine rechtzeitige Anmeldung verstanden sein kann — die Verjährung unterbrochen wird, und wegen der Vorschrift in §. 134 Abs. 5 der KO., daß bei Feststellung der Forderung ihr Grund und ihr Betrag durch den Inhalt der Anmeldung (worunter gleichfalls nur eine rechtzeitige gemeint sein kann) normirt wird.

Der §. 126 der KO. setzt nun lediglich die Dauer der Frist fest,

womit allerdings implizite der Endpunkt gegeben ist [3]), dadurch entscheidet sich aber noch nicht, von wann an die Frist zu laufen beginnt. Auch der §. 102, welcher die Bestimmung der Frist anordnet, enthält keine Vorschrift über den Zeitpunkt des Beginnes. Man könnte daher auf den §. 68 der KO. zurückgehen wollen, wonach die Zustellung an alle Betheiligten mit dem Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des Blattes bewirkt ist, in welchem die öffentliche Bekanntmachung erfolgte, und argumentiren, die Frist könne also erst von diesem Momente an laufen. Es würde sonach beispielshalber die Frist in dem oben (S. 218) gegebenen Beispiele nicht vom 15. Januar [4]) bis 23. Februar 1880 sich erstrecken, sondern wenn das betreffende Amtsblatt z. B. am 17. Januar 1880 ausgegeben wurde, müßte die Frist vom 20. Januar bis 23. Februar 1880 laufen [5]). Obwohl nun diese Ansicht viel für sich hat [6]), muß ich mich doch nach längerer Ueberlegung der Meinung anschließen, daß den Zeitpunkt, von welchem an die Anmeldefrist läuft, das Datum der nach §. 102 der KO. erfolgenden Festsetzung bildet [7]). Ich stütze mich hiebei theils auf die Thatsache, daß diese Berechnung bisher schon üblich war [8]), theils darauf, daß der Anfang einer so präjudizirlichen Frist doch jeden Augenblick erkennbar und sicher sein muß. Dies würde aber bei der ersten Ansicht nicht der Fall sein, man könnte die Frist nie aus dem Proklama selbst erkennen, sondern müßte immer noch einen weiteren Nachweis über die Momente der Publikation des Blattes suchen. Da aber diese letztere nicht vom Richter, sondern vom Verleger [9]), vom Drucker, von allerlei äußeren Umständen abhängt, so würde auf diese Art gar

---

3) Vgl. das Proklam auf Seite 218.

4) Tag der Konkurseröffnung und Tag der Erlassung des Proklams.

5) Dies wäre wichtig, weil dann auch die kürzesten und längsten Fristen sich nicht nach dem Tage der Konkurseröffnung, sondern mit Hinzuzählung der freien Tage berechnen würden. Nachdem aber der Richter die Fristen festsetzt, bevor das Blatt ausgegeben wird, so könnte derselbe, wenn die andere Ansicht über den Beginn der Frist richtig wäre, niemals wissen, welche Frist er eigentlich vorsetzt.

6) Sie wird von den meisten Schriftstellern vertreten; z B. Fitting §. 38 Note 2. Petersen S. 395. v. Sarwey S. 663. Stieglitz S. 517. v. Wilmowski S. 390.

7) Nach dieser Anschauung sind denn auch oben in dem Beispiele auf S. 218 ff. die Fristen in den Anmerkungen 8, 14 und 21 berechnet.

8) Vgl. auch Bayer. Pr.-O. Art. 1254.

9) Dieser kann ja das Proklama in das heutige oder in das morgige Blatt verweisen, oder auch „wegen Ueberfüllung" einige Tage liegen lassen.

nicht der Richter, sondern Dritte es in der Hand haben, wann die Frist zu beginnen habe.

Eine Anmeldung, welche nach Ablauf der Frist einläuft, ist verspätet, eine solche, welche vor Beginn der Frist eingekommen ist, verfrüht. Ueber die Folgen der Verspätung ist bereits gesprochen; es frägt sich: was geschieht mit den zu früh eingetroffenen Anmeldungen? Darüber könnte nun wohl kein Zweifel sein, daß — auch wenn man annehmen wollte, die Frist laufe erst von dem als Zustellungsmoment geltenden Zeitpunkte an — eine Anmeldung, welche nach der Konkurseröffnung eingereicht wird, auch wenn das Proklama noch nicht erlassen, oder die zwei freien Tage noch nicht verflossen sind [10]), dennoch nicht unberücksichtigt bleiben darf; dies würde aus rein formalen [11]) Gründen das materielle Recht schädigen. Der Gerichtsschreiber hat [12]) die Anmeldungen zwar nicht sofort nach ihrem Eintreffen — wie §. 128 Abs. 2 vorschreibt —, aber sofort mit Beginn der Frist in die Tabelle einzutragen.

Wenn aber die Anmeldung erfolgte, bevor nur der Konkurs überhaupt erkannt wurde [13])? Eine solche [14]) wird — glaube ich — nicht zu berücksichtigen sein; der Gläubiger, welcher durch seine vorsorgliche Anmeldung ein „gerichtsbekannter" geworden ist und daher nach §. 103 Abs. 3 besonders verständigt wird [15]), muß eben seine Anmeldung wiederholen.

---

10) Z. B. ein recht ängstlicher Gläubiger meldet, sobald er das Blatt in die Hände bekommt, seine Forderung an.

11) Die freien Tage sollen ja zu Gunsten der Berechtigten dienen, dürfen also nicht als beneficium odiosum wirken.

12) Das Protokoll braucht er wohl nicht vor Beginn der Frist zu eröffnen; er kann also die persönlich sich Meldenden auf später bestellen. Wenn aber bewegende Gründe vorliegen (z. B. beginnende Krankheit, nothwendige Abreise oder dergleichen), wird er — wenn der Konkurs eröffnet ist — sie vorsorglich zu Protokoll zu nehmen sich nicht weigern dürfen.

13) „Königliches Amtsgericht! Ich höre von verschiedenen Seiten, daß sich der Kaufmann Zuckerzeltl für insolvent erklären will. Für diesen Fall melde ich laut beiliegenden Schuldscheines eine Darlehensforderung von 100 Mark an".

14) Und zwar einerlei, ob sie im irrthümlichen Glauben, der Konkurs sei schon eröffnet, oder ob sie eventuell für den Fall der Konkurs eröffnet werden würde, eingereicht wird.

15) Ein patriarchalisch gesinnter Richter wird in dieser Verständigung den Mann unter Umständen aufmerksam machen, daß er seine Meldung erneuern muß.

d. (drei Wochen bis drei Monate).

„Für die richterliche Abmessung der Frist innerhalb der vom Gesetze gezogenen Schranken wird neben der Entfernung der ihrem Wohnorte nach bekannten[16]) Gläubiger zugleich die Rücksicht auf den Umfang[17]) und die Bedeutung des Konkurses maßgebend sein. Bei der von Jahr zu Jahr fortschreitenden Verbesserung aller Kommunikationen nicht nur in Europa, sondern auch in und mit den übrigen Welttheilen muß eine Frist bis zu drei Monaten für die weit überwiegende Mehrzahl aller Gläubiger genügend erscheinen. Gläubiger freilich, welche in Ost-Asien, Australien u. s. w. ihren Wohnsitz haben, werden meist nicht im Stande sein, auf den gewöhnlichen Verkehrswegen in drei Monaten die Nachricht von der Konkurseröffnung zu erhalten und darauf eine Anmeldung einzureichen. Für sie liegt daher in den gegebenen Verhältnissen die Nöthigung, sich rechtzeitig im Voraus für Dringlichkeitsfälle eine inländische Vertretung zu sichern". (Motive.)

Ich führe diese Motive wörtlich an, weil aus ihnen hervorgeht, daß also auch die Unmöglichkeit der Anmeldung keinen „Restitutionsgrund"[18]) oder ein Recht der Anfechtung der Vertheilung der Masse gibt, und daß die Fristen vom Richter auch nicht etwa mit Rücksicht auf solche Umstände ausnahmsweise weiter erstreckt werden dürfen[19]).

e. (soll — betragen).

Während, wie unter lit. c. I. erörtert, die Anmeldefrist vom Gesetze kategorisch normirt ist, gibt dasselbe für den zwischen Ablauf der Anmeldefrist und den Prüfungstermin zu legenden Zwischenraum nur eine instruktionelle Verfügung. Dieser Zwischenraum „muß" nicht, er „soll" nur mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen. Ueber-

---

16) Und wohl auch der voraussichtlich auftretenden Gläubiger; es wird hier sehr viel auf die Art des Geschäftsverkehres des Gemeinschuldners ankommen. Wenn es sich um einen kleinen Dorfkrämer handelt, sind kurze Termine indizirt; ein Kaufmann, der überseeischen Handel treibt, wird voraussichtlich entfernt wohnende Gläubiger haben und diesen sind längere Fristen zu stecken.

17) Schon nach dem Cod. judic. bavar. war bei „größeren Konkursen" doppelte Frist für den I. Ediktstag Vorschrift.

18) Die Anmeldefrist ist keine „Nothfrist", daher findet §. 211 der Civ.-Pr.-O. keine Anwendung. v. Wilmowski S. 390.

19) Wie dies z. B. Art. 1254 der Bayr. Pr.-O. dem Richter gestattete. Ein desfallsiger Antrag in der zweiten Lesung wurde abgelehnt. Vgl. K. Prt. S. 171.

sieht der Richter dies, so wird das Verfahren dadurch nicht hinfällig. Allein das Recht zur Beschwerde wird dem durch Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift durch den Richter Verletzten immerhin nicht abzusprechen sein.

f. (mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate).

Zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine soll (wie bereits oben S. 214 bemerkt) jedenfalls eine Zwischenzeit liegen, während welcher der Verwalter und die Gläubiger sich genügend über den Inhalt der Anmeldungen und die für die angemeldeten Forderungen beigebrachten Beweismittel informiren können. Der Richter hätte deshalb eigentlich die Festsetzung zwischen Minimal- und Maximal-Frist[20]) nach dem Inhalte der Anmeldungen und nach der Schwierigkeit, sich darüber zu informiren, vorzunehmen. Da aber die Bestimmung des Termines schon vorher (§. 102 der KO.) zu geschehen hat, so wird der Richter nach der wahrscheinlichen Beschaffenheit der zu erwartenden Anmeldungen sich zu richten haben.

---

§. 127.

Anmeldung.

Die Anmeldung hat die Angabe des Betrages [a]) und des Grundes der Forderung [b]) sowie des beanspruchten Vorrechts [c]) zu enthalten [d]). Sie kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht [e]) oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden [f]). Die urkundlichen Beweisstücke [g]) oder eine Abschrift derselben [h]) sind beizufügen [i]).

I. E. §. 13; II. E. §. 127; Pr. H. E. Art. 820; Pr. KO. §. 169; B. Pr. O. Art. 1260.

a. (die Angabe des Betrages).

Wie bereits oben zu §. 62 der KO. näher erörtert wurde, kann jede Konkursforderung nur in einer bestimmten Geldsumme geltend gemacht werden und diese Summe muß behufs ihrer Liquidirung in Reichswährung angegeben sein. Es muß übrigens der gesammte beanspruchte Betrag in der Anmeldung angegeben werden; sonach genügt es

---

20) Der Entwurf hatte kein Minimum bestimmt; dies geschah auf Antrag des Abg. v. Bahl. Vgl. K. Prt. S. 171.

nicht z. B. zu sagen: „1000 Mark Darlehensschuld nebst den rückständigen Zinsen und den erwachsenen Kosten." Soferne neben dem Kapital, neben dem eigentlichen Forderungsgegenstande Nebensachen begehrt werden wollen [1]), müssen sie gleichfalls der Summe nach in Reichswährung in der Anmeldung angegeben werden. Also z. B.: 1000 Mark Darlehensforderung, die 5% Zinsen hieraus seit einem Jahre mit 50 Mark, die am 1. Februar l. J. laut anliegender Urkunde verfallene Konventionalstrafe wegen Nichteinhaltung der Zinszeit mit 20 Mark und die auf die Ausklagung bisher erwachsenen Kosten mit 15 Mark 50 Pfennige, in Summa demnach 1085 Mark 50 Pfennige.

b. (des Grundes der Forderung).

Unter „Grund" der Forderung ist nicht die thatsächliche Entstehungsgeschichte des Anspruches, sondern der „Schuldgrund" (Motive), der „Rechtsgrund der Forderung" [2]) zu verstehen. „Die Angabe des Schuldgrundes der Forderung — sagen die Motive — ist nothwendig zur Feststellung der Identität der Forderung und wegen der Unzulässigkeit einer Veränderung des Fundamentes der prozessualischen Verfolgung eines bestrittenen Anspruches (§. 134 Abs. 2 der KO.), sie ist auch für die Frage nach der Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung. Eine nachträgliche Aenderung des Schuldgrundes würde einer neuen Anmeldung gleich zu achten sein."

Zum „Grunde der Forderung" gehört im weiteren Sinne wohl auch: „Name des Gläubigers und Schuldners"; denn wenn einer dieser beiden fehlt, so ist eigentlich keine „Forderung" angemeldet.

c. (des beanspruchten Vorrechtes).

Ein Vorrecht wird dann beansprucht [3]), wenn der Konkursgläubiger behauptet, daß seine Forderung zu den in §. 54 Ziff. 1 bis 5 einschl. aufgeführten Kategorieen gehöre, und daher verlangt, daß sie in dieser Reihenfolge zum Zuge kommen solle. Die Motive bemerken [4]), „es könnten Vorrechte nicht von Amtswegen berücksichtigt werden, und deshalb müßten sie ausdrücklich angemeldet werden." Es muß also einestheils thatsächlich begründet sein, warum man ein Vorrecht in Anspruch nimmt, und ferner

---

1) Ob und wie weit sie begehrt werden können, darüber vgl. die Erl. zu §. 55 der KO.

2) So wird in der Pr. KO. und in der B. Pr.-O. gesagt.

3) Ein Antrag, zu setzen: „des etwa beanspruchten Vorrechtes" wurde abgelehnt. K. Prt. S. 172.

4) Zum I. E. S. 93, zum II. E. S. 360.

muß man den Anspruch auch wirklich erheben. Gesetzt eine Anmeldung würde lauten: „Oekonom Pflug schuldet mir Unterzeichneten 160 Mark, welche ich zu dessen Konkurs anmelde und das Vorrecht in erster Klasse beanspruche.

„Feldheim, den 15. März 1882.

Anton Sellmayr,
Großknecht."

so könnte eine solche Anmeldung eine Berücksichtigung hinsichtlich des Vorrechtes nicht finden. Zweifelhafter ist es, wenn folgende Anmeldung vorliegt:

„Zu dem am 1. März l. J. eröffneten Konkurse des Oekonomen Pflug melde ich meinen seit dem 1. Oktober v. J. rückständigen Lohn mit 160 Mark an."

„Feldheim, den 15. März 1882.

Anton Sellmayr,
Großknecht bei Herrn Pflug."

Hier scheint es reine Formalität [5]), zu verlangen, daß dabei noch gesagt werde „und ich begehre in der ersten Klasse befriedigt zu werden", denn an sich liegt in der Angabe jener thatsächlichen und rechtlichen Momente, welche den Inhalt der Ziffern 1—5 des §. 54 bilden, ein genügendes „Beanspruchen des Vorrechtes" [6]); um so mehr, als ein weiteres „ausdrückliches Beanspruchen des Vorrechtes" nur in der Citirung des §. 54 nebst der entsprechenden Nummer bestehen könnte [7]).

Demohngeachtet wird es richtiger sein, bei der wörtlichen Auslegung des Gesetzes stehen zu bleiben, indem es Sache des anmeldenden Gläubigers und nicht des die Anmeldung entgegennehmenden Beamten ist, den erhobenen Anspruch zu qualifiziren [8]).

---

5) Man kann hiegegen allerdings einwenden, daß man ja auf ein Vorrecht auch verzichten könne; allein Verzichte werden nicht vermuthet.

6) Demnach wäre der Satz zu konstruiren nicht: „die Anmeldung hat die Angabe des beanspruchten Vorrechtes zu enthalten", sondern es ist die Kopula: „und" auf das gesammte Folgende zu beziehen, nämlich es ist zu lesen: „die Anmeldung hat die Angabe des Grundes des beanspruchten Vorrechtes zu enthalten."

7) In der B. Pr.-O. Art. 1265 Abs. 2 hieß es: „Ist bei der Anmeldung einer Forderung der dafür beanspruchte Rang von dem Gläubiger nicht bezeichnet worden, so hat der Kommissär für die tabellarische Uebersicht den Rang der Forderung nach der Natur derselben und den beigebrachten Belegen zu bestimmen." Allein jetzt ruht diese Bestimmung in den Händen des Gerichtsschreibers.

8) Ich modifizire damit in Uebereinstimmung mit den übrigen Kommenta-

Wenn demnach sich aus einer Anmeldung keine thatsächlichen und rechtlichen Momente ergeben, welche die angemeldete Forderung zu einer bevorzugten machen, oder wenn es unterlassen ist, auf Grund der fraglichen Momente das betreffende Vorrecht in Anspruch zu nehmen, so ist die Forderung unter die „übrigen Konkursforderungen“ zu stellen.

d. (enthalten).

Welches sind die Folgen, wenn eine Anmeldung den Vorschriften des Gesetzes nicht entspricht. Nach dem bisherigen Bayerischen Rechte (Art. 1260 der Pr.-O. von 1869 hat so ziemlich denselben Wortlaut wie §. 127 der KO.) war angenommen[9]), daß von einer Nichtigkeit nur dann die Rede sein könne, wenn etwas Wesentliches mangeln würde. Sollte also nur irgend ein formaler Mangel der Anmeldung ankleben, irgend etwas Unwesentliches in derselben übersehen sein, so würde dies nichts schaden. Wenn dagegen in einer Anmeldung der Name des Schuldners fehlen[10]) oder der Gläubiger sich nicht genannt haben würde, oder wenn gar kein Betrag angegeben wäre, so läßt sich die Anmeldung natürlich nicht berücksichtigen. Fraglicher ist es, was zu geschehen hat, wenn nur der Schuldgrund fehlt. In diesem Falle könnte die Forderung allerdings einstweilen in der Tabelle eingereiht werden, da im Prüfungstermine der Schuldgrund doch jedenfalls zur Erörterung kommen muß. Indessen glaube ich doch, nachdem §. 128 der KO. den Betheiligten das Recht gewähren will, sich vorher über Inhalt und Beschaffenheit der angemeldeten Forderungen näher zu unterrichten, und dieses Recht illusorisch würde, wenn die Anmeldung den Grund der Forderung gar nicht angibt, daß auch solche mangelhafte Anmeldungen nicht in die Tabelle aufzunehmen sind.

Sie wird in die Tabelle nicht aufgenommen, die Anmeldung gilt als nicht geschehen und es wird insbesondere durch eine solche ungenügende Anmeldung die Verjährung nicht unterbrochen[11]).

---

toren (z. B. v. Wilmowski S. 373) die in der I. Auflage vertretene Ansicht. Allerdings wird in der Regel bei persönlichen Anmeldungen der Gerichtsschreiber durch mündliche Belehrung die Hebung des Mangels veranlassen.

9) Wernz, Kommentar S. 897.

10) Wenn dieser in der Aufschrift steht oder auch z. B. außen die Adresse angibt: „zum Konkurse des N. N.“ ist es natürlich genügend.

11) Ebenso Fitting §. 12, Petersen S. 397, v. Wilmowski S. 392. Dagegen scheinen v. Sarwey S. 665 u. Stieglitz S. 519 den übrigen Betheiligten nur ein Widerspruchsrecht gegen die Berücksichtigung und Prüfung solcher ungenügenden Anmeldungen zusprechen zu wollen.

Noch ein Punkt wäre zu erörtern:

Die Preußische Konkursordnung gab nämlich in §. 169 dieselbe Vorschrift wie §. 127 der KO. und der §. 170 hatte den gleichen Inhalt wie §. 128 der KO. Demohngeachtet war in der Instruktion von 1855 §. 23 vorgeschrieben: „Hat die Anmeldung materielle Mängel, so findet zwar Mittheilung an den Verwalter statt, es ist jedoch zugleich dem Gläubiger bemerklich zu machen, in welchen Punkten die Anmeldung der Ergänzung bedarf.“ Es wäre wünschenswerth, wenn dieses milde Verfahren von der Praxis auch nach der neuen Konkursordnung geübt würde [12]).

e. (schriftlich eingereicht).

Die Anmeldung ist an keine Form gebunden; sie kann in Gemäßheit der für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschrift (vgl. §§. 456 ff. und insbesondere §§. 74 und 75 der Civ.-Pr.-O.) ohne Zuziehung eines Anwaltes vom Berechtigten entweder selbst oder durch eine prozeßfähige [13]) Person als Bevollmächtigten [14]) verfaßt werden. Eine telegraphische Anmeldung erachte ich für zulässig [15]). Die Vorschriften über äußere Form [16]) und Gerichtssprache (§. 186 ff. des Gerichtsverfassungsgesetzes) werden im Allgemeinen für maßgebend zu erachten sein, indessen nicht allzu ängstlich gewahrt werden müssen. Ein französischer Brief eines Lyoner Seidenhändlers z. B. wird genügen, um ihn oder seinem Vertreter die Rechte für den Prüfungstermin vorzubehalten.

f. (zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden).

Besondere Vorschriften, in welcher Weise die mündlichen Anmeldungen zu protokolliren sind, enthält die Konkursordnung nicht. Daher bleibt es

---

12) Freilich mußte nach der Pr. KO. jede Anmeldung dem Kommissär vorgelegt werden, der sie dem Verwalter mittelst Verfügung mitzutheilen hatte. Jetzt bekommt die Anmeldungen nur der Gemeinschuldner in die Hand. Eine Verpflichtung des Richters, den Anmeldenden auf die Mängel aufmerksam zu machen, besteht allerdings nicht.

13) Ueber die Prozeßfähigkeit siehe §§. 50—54 der Civ.-Pr.-O.

14) Der Vollmachtspunkt ist nicht sofort mit der Anmeldung zu bereinigen. Abgesehen von dem bereits oben (S. 138) erwähnten Falle wird es genügen, wenn bis zum Prüfungstermine oder in demselben (wohl auch noch nachträglich bis zur Vertheilung?) die Legitimation bereinigt wird.

15) Die Motive (z. II. E. S. 358) berufen sich zur Darlegung des Satzes, daß die Termine nicht zu kurz gegriffen seien, speziell auf die „wachsende Ausdehnung des Telegraphennetzes.“

16) Auch etwaige Stempelverordnungen sind natürlich zu beachten.

in dieser Hinsicht bei den allgemeinen Regeln[17]). Es wird aber dem Gerichtsschreiber zur Pflicht zu machen sein, sich der Anmeldenden, wenn sie Leute von geringerer Bildung sind, thunlichst anzunehmen und ihre Anmeldungen gehörig durch Befragen zu ermitteln. Selbstverständlich sind die mündlich gemachten vom Gerichtsschreiber protokollirten Anmeldungen von dem Anmeldenden nach geschehener Vorlesung zu unterzeichnen. Die Anmeldung beim Verwalter genügt natürlich nicht.

g. (die urkundlichen Beweisstücke).

Während im bisherigen Gemeinrechtlichen Konkursprozesse (und auch noch z. B. in der Pr. KO. §. 169 und in der Bayer. Pr.-O. Art. 1260 Abs. 2) mit der Anmeldung zugleich der Beweis angetreten werden mußte, enthält die Konkursordnung diese Vorschrift nicht mehr[18]). Sie verlangt keine sofortige Beweisführung, sondern sie behandelt die Anmeldung zum Konkurs in keiner Weise anders, als alle sonstigen gerichtlichen Schriftsätze. Bei diesen ist aber in der Regel eine sofortige Beweisantretung nicht erfordert; nur müssen gemäß §. 122 der Civ.-Pr.-O., welcher auch auf die Forderungsanmeldungen im Konkurs und auf deren Beilagen Anwendung findet, die Urkunden, auf welche in dem bei Gericht eingereichten Schriftsatze Bezug genommen wird, entweder in Urschrift oder in Abschrift beigefügt werden. Wenn nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht kommen, genügt die Beifügung eines Auszuges, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält. Diese letztere Einschränkung, nämlich daß nach Umständen bloße Auszüge genügen, ist im Texte des §. 127 der KO. nicht erwähnt, sondern es heißt hieselbst blos: die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben — und es könnte hiernach scheinen, als ob bei Forderungsanmeldungen im Konkurse die vorerwähnte Einschränkung wegfalle und sonach, wenn nicht die Originalien vorgelegt werden, ganze Abschriften derselben vorgelegt werden müßten, also auch von den zur Sache nicht gehörigen Stellen. Allein dies wäre wohl eine unrichtige Auslegung. In einem solchen Falle müssen offenbar bloße Auszüge statt vollständiger Abschriften genügen, und zwar deshalb, weil der Mangel

17) Z. B. wegen Anmeldung durch taube und stumme Personen der §. 188 des GVG, und wenn der Anmeldende nicht Deutsch verstände, der §. 187. Versteht aber der Gerichtsschreiber die Sprache des Anmeldenden, so braucht er, weil in der bloßen Anmeldung keine „Verhandlung" liegt, sicher keinen Dollmetscher.

18) Vgl. oben S. 220 Note 20.

unerheblicher Stellen der Abschriften nicht als ein wesentlicher Mangel betrachtet werden kann.

Dagegen findet der Abs. 3 des §. 122 der Civ.-Pr.-O.[19]) keine Anwendung; da nicht blos der Gegner[20]), sondern alle übrigen Konkursgläubiger durch die Anmeldung berührt werden und man denselben nicht zumuthen kann, zu dem Anmeldenden zu gehen und Einsicht zu nehmen.

h. (eine Abschrift derselben).

Eine beglaubigte Abschrift ist nicht gefordert[21]).

i. (sind beizufügen).

Wenn diese Beifügung nicht erfolgt, so wird dadurch die Anmeldung nicht hinfällig[22]); nur muß sich der Gläubiger gefallen lassen, daß wegen dieses Mangels die Forderung bestritten wird und er nachträglich ein Feststellungsverfahren durchzumachen hat.

In der Pr. KO. war noch die Vorschrift enthalten: „ist die Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits rechtshängig, so genügt zur Begründung derselben die Bezugnahme auf die darüber vorhandenen Verhandlungen" und die Instruktion bemerkt hiezu, daß in solchem Falle der Richter die betreffenden Prozeßakten einzufordern oder beizulegen habe. Beides ist im neuen Verfahren nicht mehr beibehalten. Die Anmeldung muß, auch wenn ein Prozeß anhängig ist, die oben angegebenen Punkte enthalten, und da nach dem neuen Systeme das forum concursus die Rechtsstreite nicht an sich zieht, so ist auch kein Grund mehr vorhanden, die Akten von Amtswegen zu adhibiren[23]).

---

19) Dieser lautet: „Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren."

20) Man kann eben sagen: hier ist nicht der Gemeinschuldner allein, sondern alle Gläubiger Gegner. Freilich wenn bereits alle Gläubiger und der Verwalter die Urkunden kennen würden, dann könnte man den fraglichen Absatz analog anwenden.

21) Kann der Anmeldende fordern, daß ihm die Urschrift nach Bestätigung des Gleichlautes der Abschrift zurückgegeben werde? Ich glaube, ja; es wäre, wenn eine notarielle Beglaubigung eintreten müßte, dies im Gesetze ausdrücklich zu sagen gewesen.

22) Vorausgesetzt natürlich, daß durch den Mangel der Urkunde nicht auch die Angabe des Schuldgrundes fehlt.

23) Es kann zur Abschneidung von unnöthigen Beanstandungen im Prüfungstermine immerhin dienen, wenn der Verwalter und die etwa zweifelnden Gläubiger die bereits erwachsenen Akten einsehen; und wenn sie die Einforderung behufs Einsichtnahme begehren, wird der Konkursrichter dies verfügen können.

§. 128.

Tabelle.

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten [a]) niederzulegen [b]).

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung [c]) sofort nach der Anmeldung derselben [d]) in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts [e]) in eine Tabelle [f]) einzutragen, welche innerhalb des ersten Drittheils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraums [g]) auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen [h]) und abschriftlich dem Verwalter mitzutheilen ist [i]).

I. E. §. 140; II. E. §. 128; Pr. H. E. Art. 821; Pr. KO. §. 170; B. Pr. O. Art. 1257.

a. (zur Einsicht der Betheiligten).

Die Pr. KO. (in §. 170) bediente sich des Ausdruckes „die Gläubiger". Der weitere Begriff „die Betheiligten" umfaßt vor Allem außer dem Verwalter und den Gläubigern auch den Gemeinschuldner und die Anfechtungsbeklagten. Auch die Absonderungsberechtigten werden unter Umständen an der Einsichtnahme ein Interesse haben. Sonstige Personen, z. B. die nach der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner Geschäfte machen u. s. w., sind nicht „Betheiligte", da immer nur „an dem Konkursverfahren Betheiligte" gemeint sein können.

b. (niederzulegen).

Der in Absatz 2 genannte Zeitraum bezieht sich nur auf die Tabelle; die Anmeldungen können jederzeit, auch noch vor Ablauf der Anmeldefrist eingesehen werden. Die Bureauzeit ist natürlich einzuhalten.

c. (jede Forderung).

I. Der Gesetzestext bestimmt nicht, ob in dem Falle, wenn von Einem Gläubiger mehrere Forderungen angemeldet werden, diese im Zusammenhange miteinander in die Tabelle einzutragen sind oder jede Forderung einzeln. Für die letztere Alternative spricht die Erwägung, daß der Grund und Zweck der Tabelle hauptsächlich darin liegt, eine möglichst klare und schnelle Uebersicht über alle angemeldeten Forderungen zu bekommen, damit, wenn eine Abschlagstheilung und die seinerseitige Schlußvertheilung stattfindet, der auf jede Forderung treffende Betrag leicht und schnell berechnet und hierdurch ein besonderer Theilungsplan

überflüssig gemacht werden kann[1]). Wenn aber die mehreren Forderungen eines und desselben Gläubigers oder einer und derselben Gläubigergenossenschaft aus einem gemeinschaftlichen Rechtstitel entsprungen und sohin nur gleichsam Theile einer einzigen Gesammtforderung sind, z. B. wenn aus einem Pacht- oder Miethvertrag oder aus einem Gesellschaftsverhältniß oder aus einem Delikte mehrere Forderungen[2]) abgeleitet werden, so könnte die Zusammenfassung in der Tabelle zulässig sein, es wäre denn, daß die für eine oder die andere Post abgesonderte Befriedigung oder ein sonstiges Vorrecht beansprucht wird. Indessen wird es auch in solchem Falle zweckmäßig sein, jede einzelne Forderung auch einzeln vorzutragen[3]), weil es leicht möglich ist, daß später das Schicksal der einzelnen Forderungsposten ein verschiedenes sein kann; z. B. die eine wird anerkannt, die andere nicht. Daß bei einer Contocorrentforderung[4]), einem Anspruche aus dauerndem Waarenverkehr[5]), einem aus mehreren Verfallzeiten herrührenden Zinsbegehren[6]) und dergleichen Forderungen, bei denen es sich nur um verschiedene Posten handelt, nicht jede Post einzeln in der Tabelle vorzutragen ist, versteht sich von selbst. Auch hier aber wird, wenn die Posten der Zeit nach nicht aufeinanderfolgen, die Einschreibung einzeln zu geschehen haben[7]).

---

1) „Die Tabelle ist namentlich auch einen besonderen Theilungsplan überflüssig zu machen bestimmt.“ (Motive II. E. S. 360.)

2) Z. B. Ich melde gegen A, meinen Pächter, an: 1000 Mark rückständigen Pachtschilling und 1250 Mark Entschädigung für zu wenig abgeliefertes Inventar, oder: der von A die Treppe hinabgeworfene Privatier B meldet (außer seinem Wechsel) an: 132 Mark ärztliche Deserviten für seine Kur und 5000 Mark Schmerzensgeld und Entschädigung für Arbeitsunfähigkeit.

3) Die Motive sagen ganz allgemein: „Sämmtliche Forderungen, und wenn eine Anmeldung mehrere Forderungen enthält, die Forderungen einzeln.“

4) Z. B. A meldet seinen Kontokorrentsaldo zu 10,575 Mark gegen B an. Hier wird zwar der Kontokorrent des letzten Jahres oder Halbjahres (seit der letzten Anerkennung) vorgelegt, aber nicht dessen einzelne Einträge, sondern nur der Gesammtsaldo in der Tabelle eingeschrieben.

5) Z. B. „für im Jahre 1881 laut beiliegender Rechnung gelieferte Schuhmacherarbeiten einen Betrag von 223 Mark 70 Pfennigen.“

6) „Zweijährige 5% Ewiggilt aus einem Kapitale von 20,000 Mark mit 1000 Mark;“ wenn auch die Gilt immer an Georgi und Michaeli fällig war, also eigentlich 4 Gilten liquidirt werden.

7) Z. B „Ich liquidire (am 12. April 1882) aus meinem dem A gegebenen Darlehen von 1000 Mark dieses Kapital sammt den rückständigen 4½%igen Zinsen seit 1. Januar 1882 und bemerke, daß ich noch 20 Mark zu for-

II. Das Gesetz sagt: „jede Forderung", indem natürlich dem Gerichtsschreiber nicht gestattet sein kann, über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Anmeldung zu entscheiden. Wenn daher z. B. in dem Konkurse über den Nachlaß des A der B ein Legat von 1000 Mark, welches im Testamente des Verstorbenen ihm hinterlassen ist, anmeldet, so darf, obwohl nach §. 56 Ziff. 4 der KO. diese Forderung im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden kann, doch der Gerichtsschreiber[8]) die Eintragung in die Tabelle nicht unterlassen[9]). Sache des Prüfungsverfahrens ist es, das Weitere zu veranlassen.

d. (sofort nach der Anmeldung derselben).

Die Eintragung hat sofort nach dem Eingange der Anmeldungen zu geschehen. Die mehrerwähnte Preußische Instruktion hat es für nothwendig erachtet, besonders einzuschärfen, daß der Gerichtsschreiber nicht etwa mehrere Anmeldungen „zusammenkommen lassen" darf, um sie dann gemeinsam einzutragen, sondern daß, wie die Anmeldung eingereicht wird, sie auch sofort zu behandeln ist.

Es mag bemerkt werden, daß die schriftlichen Anmeldungen natürlich vor Allem zu präsentiren[10]) sind und daß zweckmäßig auch diese schriftlichen Anmeldungen, welche dem Gerichtsschreiber übergeben oder durch die Post zugesendet werden können, mit fortlaufender Nummer im Protokolle kurz ausgeführt werden, wobei die Thatsache, daß die Anmeldung schriftlich einkam, in der Rubrik „Bemerkungen" zu notiren ist. Eine solche Anmeldung bildet dann gleichsam eine Beilage des Protokolls[11]).

Die Beilagen der Anmeldungen sind mit der Nummer der Anmeldung zu versehen und dem Protokolle beizufügen.

e. (nach der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts).

Dies ist praktisch in der Weise durchzuführen, daß für jedes der fünf in §. 54 aufgeführten Vorrechte in der ersten Abtheilung der Tabelle (siehe lit. f) zwei Seiten freigelassen werden[12]). Mehrere mit demselben

---

dern habe, die mir der A bei der Zinszahlung vom 1. Januar 1881 zu wenig gab und seither nicht berichtigte."

8) Ebenso wenn etwa die Forderung erst aus der Zeit nach der Konkurseröffnung datirt.

9) Auch dem Konkursrichter ist nirgends die Befugniß eingeräumt, Anmeldungen gleichsam a limine zurückzuweisen.

10) Das heißt mit dem Datum und der fortlaufenden Nummer des Gerichtseinlaufes zu versehen.

11) Wernz, Kommentar S. 896.

12) Jede Klasse erhält die betreffende Nummer des §. 54 etwa in Römischen Ziffern.

Vorrechte angemeldelte Forderungen werden hintereinander nach der Zeitfolge ihrer Anmeldung mit fortlaufenden Nummern aufgeführt[13]).

Maßgebend ist hiebei lediglich die Angabe des Anmeldenden, nachdem das Gesetz anordnet, daß nach der Rangordnung des beanspruchten Vorrechtes einzutragen sei. Die Frage, ob der Anspruch anerkannt wird, entscheidet sich erst im Prüfungstermine[14]).

f. in eine Tabelle).

Das Gesetz schreibt für diese Tabelle kein Formular vor; die Motive (zum I. E. S. 93) sagen: „es ergebe sich dasselbe von selbst aus den verschiedenartigen Zwecken der Tabelle" und empfehlen „das bewährte und auch in Oesterreich adoptirte Formular der Preußischen Instruktion vom 6. August 1855." Hienach scheidet sich die Tabelle vor Allem in zwei Abtheilungen, in denen eine die bevorrechtigten (das heißt alle in Ziff. 1—5 incl. des §. 54 der KO. fallende) und in dem andern die nicht bevorrechtigten (das heißt die einfachen persönlichen) Forderungen aufzunehmen sind.

Die zweite Abtheilung hat folgende Rubriken[15]):

1) Laufende Nummer:
2) Stand, Name und Wohnort des Gläubigers;
3) Bezeichnung des Bevollmächtigten und Hinweis auf die Vollmacht desselben[16]);

---

13) Reichen zwei Seiten hiefür nicht aus, so wird ein weiteres Blatt eingelegt.

14) Wird die Forderung, aber nicht das Vorrecht festgestellt, so wird dieselbe in der ersten Abtheilung gelöscht (vgl. unten Anmerkung 17) und in der zweiten eingeschrieben und umgekehrt, wenn nachträglich als Vorrecht geltend gemacht wird.

15) Ein solches Formular zweiter Abtheilung wird also ohngefähr so aussehen:

1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.
1	Otto Radein, Fabrikbesitzer in Ahldorf.	Advokat, Sprecher laut notarieller Vollmacht vom 15. Januar 1881.	Anmeldung am 12. Februar 1881 (von Sprecher schriftlich übergeben).	6000 Mark.	Wechselforderung laut acceptirter Tratte auf eigene Ordre vom 6. Dezember 1880.	—	(Dieses Spatium muß in der Wirklichkeit breit genug sein, um die Konstatirungen aufzunehmen.)	Wechsel in Abschrift der Anmeldung beigefügt.

16) Diese Rubrik kann wegbleiben und der Vollmachtspunkt in Rubrik 2 bemerkt werden.

4) Tag des Eingangs, der Bewirkung der Anmeldung;
5) Angemeldeter Betrag;
6) Bezeichnung des Rechtsgrundes (Schuldgrundes) der Forderung und Angabe der etwaigen Beweisurkunden;
7) Ergebniß der Prüfungsverhandlung;
8) Berichtigungen;
9) Bemerkungen [17]).

Der Inhalt der Rubriken 1—6 einschließlich ergibt sich aus der Natur der Sache; was die Rubriken 7—9 betrifft, so wird sich über das in derselben Einzutragende zu sprechen noch mehrfach Anlaß ergeben.

g. (innerhalb des ersten Drittheils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraums).

Im Entwurfe hieß diese Stelle: spätestens zwei Wochen nach dem Ablaufe der Anmeldefrist; es mußte aber in Konsequenz des oben erwähnten Beschlusses zu §. 126 (siehe oben Seite 356 Note 20) die Aenderung eintreten; denn, wie Reg.-Rath Hagens richtig bemerkte [18]), würden bei einer Verbindung der beiden Termine nach §. 102 Abs. 2 überhaupt nicht mehr zwei Wochen übrig bleiben. Der Zeitpunkt, an welchem die Tabelle offengelegt [19]) und dem Verwalter abschriftlich mitgetheilt sein muß, fällt, nachdem zufolge §. 126 der Zwischenraum mindestens eine Woche und längstens zwei Monate beträgt, im kürzesten Falle auf den ersten bis dritten Tag [20]), und im längsten auf den ersten bis zwanzigsten Tag

---

17) In dieser Rubrik ist z. B. der Wegfall einer Post in der zweiten Abtheilung, wenn nachträglich dafür ein Vorrecht in Anspruch genommen ist, und umgekehrt ebenso der Vorbehalt eines Absonderungs- oder Aussonderungsrechts zu notiren; ferner die etwa nöthige Verweisung auf andere Nummern der Tabelle; ingleichen der Vermerk, ob die Forderung bereits und bei welcher Behörde rechtshängig ist. (Aus der Preußischen Instruktion.) Insbesondere gehört in diese letzte Rubrik in Gemäßheit des §. 87 Abs. 1 der Vermerk über das bleibende Stimmrecht (Motive zum II. E. S. 363), und ebenso der Widerspruch des Gemeinschuldners (vgl. unten §. 132 lit. e).

18) K. Prt. S. 171.

19) Nicht das „Offenliegen“ sondern das „Offengelegtwerden“ fällt in das erste Drittheil; es müssen also den Gläubigern zwei Drittel des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraumes zur Einsichtnahme frei bleiben.

20) Das Drittheil einer Woche ist $^2/_7$ Tage; allein dies coeptus habetur pro completo; der Gerichtsschreiber kommt noch nicht am dritten Tage Morgens halb 4 Uhr (dies wäre etwa ein Siebentel-Tag), sondern erst mit Ablauf des ganzen drittes Tages in Verzug.

vor dem Prüfungstermine, so daß im ersten Falle zur Information vier Tage, im letzten vierzig Tage übrig bleiben. Wenn also z. B. der Konkurs am 16. März 1882 eröffnet und die Anmeldefrist bis einschließlich 6. April, der Prüfungstermin auf den 13. April 1882 festgesetzt worden ist: so muß spätestens am 9. April die Offenlegung und abschriftliche Mittheilung erfolgen. War aber die Anmeldefrist auf 16. Juni 1882 und der Prüfungstermin auf 16. August 1882 festgesetzt, so ist der späteste Zeitpunkt der Offenlegung und Mittheilung an den Verwalter der 6. Juli 1882.

h. niederzulegen).

Die Anmeldungen selbst sind jederzeit der Einsicht des Betheiligten offen. (Vgl. oben lit. a)[21]). Aber auch die Tabelle muß ihnen zugänglich gemacht werden, und zwar innerhalb einer genügend langen Zeit.

Das Präjudiz für die Versäumung dieser Frist ist ein sehr wichtiges. Nachdem das Gesetz den fraglichen Zeitraum als einen zur Information unentbehrlichen erklärt, folgt, daß wenn er nicht gewährt wird, von den Betheiligten die Vertagung des Prüfungstermines begehrt werden kann[22]). Die Kosten einer solchen Vertagung fallen dem säumigen Gerichtsschreiber zur Last. Dies wird in den Motiven (z. B. II E. S. 360) ausdrücklich bemerkt.

Es frägt sich nun, wer sind die Betheiligten? Die Motive nennen nur den Verwalter und den Gläubiger, nicht auch den Gemeinschuldner; ich glaube indessen, daß auch Letzterem das bemerkte Recht zusteht. Denn wenn es auch scheint, daß er keinen Anlaß zur Beantragung einer Vertagung habe, im Falle solche weder vom Verwalter noch von einem Gläubiger beantragt wird, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß wenigstens möglicher Weise in einzelnen Fällen der Gemeinschuldner ein besonderes Interesse daran hat, daß ihm selbst wie jedem Gläubiger und dem Verwalter die Möglichkeit gegeben und auch die nöthige Zeit offen gelassen werde, um die Anmeldungstabelle genau zu prüfen und sich hierdurch auf den Prüfungstermin gehörig vorzubereiten. Es kann ja vorkommen, daß der eine oder andere Gläubiger oder allenfalls der Verwalter gegen die eine oder andere Forderung Einwendungen vorzubringen beabsichtigt und

---

21) Diese Einsichtnahme gesteht Stieglitz S. 522 auch dem Gemeinschuldner zu, obwohl er ihn nicht zu den „Betheiligten" rechnet. Vgl. Note 24.

22) „Kann", nicht, „muß"; eine Vertagung von Amtswegen tritt nicht ein. Auch muß das Begehren sofort und zwar vor Beginn der Prüfungen gestellt werden; spätere Anträge sind nicht mehr zu beachten.

auch im Stande ist, das nöthige Material hiezu zu beschaffen, daß jedoch, im Falle die gesetzliche Frist zur Offenlegung der Tabelle oder zur Mittheilung einer Abschrift derselben an den Verwalter nicht eingehalten wurde, der Letztere oder der betreffende Gläubiger den Vertagungsantrag unterläßt, in welchem Falle die Einwendungen gegen die bezweifelte Forderung zu Verlust gehen würden. Hiedurch würde aber auch der Gemeinschuldner in Mitleidenschaft gezogen, weil es ihm ebenfalls zu gute kommt, wenn eine Forderung abgesetzt wird, und weil ihm zur Bestreitung der letzteren nicht immer die Materialien und auch nicht immer die Geldmittel zu Gebote stehen, wie dem betreffenden Gläubiger oder dem Verwalter.

Da nun der §. 128 Abs. 2 der KO. unbedingt und ohne Unterscheidung ausspricht, daß die Tabelle innerhalb der dort bezeichneten Frist zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen sei, zu diesen letzteren im weiteren Sinn unbestreitbar auch der Gemeinschuldner, der ja gemäß §. 129 Abs. 2 der KO. sich über die angemeldeten Forderungen zu erklären hat, gehört, so muß er auch das Recht haben, die Vertagung des Prüfungstermins selbstständig zu beantragen, wenn an den gesetzlichen Vorbereitungen des letzteren etwas fehlt[23]).

i. (und abschriftlich dem Verwalter mizutheilen ist).

Nur die Tabelle, nicht auch die Anmeldungen sind dem Verwalter abschriftlich mitzutheilen. Letzteres war nach der Pr. KO. §. 170 vorgeschrieben, hat sich aber (wie die Motive sagen) nicht als zweckmäßig erwiesen[24]), und der Versuch[25]), bei der Berathung diese Einrichtung in das Gesetz zu bringen, mißlang. Der Reg.-Vertreter bemerkte: „der Grund der Forderung werde mit in die Tabelle eingetragen und von dieser dem Verwalter Abschrift gegeben[26]); der etwaige weitere Inhalt der Anmeldung sei nicht bindend und der Brtreffende könne denselben später modifiziren, auch ganz von ihm abgehen; deshalb würde auch die Mittheilung desselben an den Verwalter nicht genügen[27]).“

---

23) Ebenso Fitting §. 38 Art. 8 S. 399 u. v. Wilmowki S. 325. Dagegen schließen Meisner S. 301 Note 2, v. Sarwey S. (560) 668 u. Stieglitz S. 522 den Gemeinschuldner von den „Betheiligten“ aus.

24) v. Wilmowski S. 394 findet in der getroffenen Aenderung eine beklagenswerthe Verschlechterung

25) Auf Antrag des Abg. v. Bahl, K. Prt. S. 90.

26) Der Verwalter hat überdies ausreichende Gelegenheit, sich beim Gemeinschuldner durch Einsicht der Bücher oder auf andere Weise zu informiren.

27) Sondern es müßten dann auch alle späteren Modifikationen abschriftlich mitgetheilt werden.

Indessen steht dem Verwalter unbezweifelt[28]) frei, auf Kosten der Masse von einzelnen Anmeldungen Abschriften zu nehmen oder nehmen zu lassen[29]). In der Regel wird es genügen, wenn er sich (was ihm natürlich nicht versagt ist) auf der Gerichtsschreiberei Notizen macht.

Eine Gegenerklärung hat der Verwalter nicht abzugeben[30]) und würde eine solche oder ein schriftlich von Gläubigern bei Gericht eingereichter Widerspruch keine Bedeutung haben und keinenfalls die im Prüfungstermine abzugebenden Erklärungen ersetzen[31]).

---

§. 129.

Verhandlungen im Prüfungstermine.

In dem Prüfungstermine werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert.

Der Gemeinschuldner hat sich über die Forderungen zu erklären.

I. E. §. 142; II. E. §. 129; Pr. H. E. Art. 822; Pr. KO. §. 171; B. Pr. O. Art. 1268.

I. Der Prüfungstermin wird sich zweckmäßig[1]) folgendermaßen abwickeln lassen: der Richter gibt (entweder selbst oder läßt durch den Ver-

---

28) Sowohl in den Motiven als bei den Berathungen vom Regierungsvertreter konstatirt.

29) Die Motive (z. II. E. S. 361) sagen zwar, und der Reg.-Vertreter bediente sich bei der Berathung desselben Ausdrucks: er könne solche Abschriften „erfordern". Hienach müßte also das Gericht beziehungsweise der Gerichtsschreiber die Abschriften selbst fertigen oder fertigen lassen. Ich glaube, hiezu besteht kein Anlaß und es würde dies nur zu unnöthigen Verlangen Seitens des Verwalters führen. Geheimnisse enthalten die Anmeldungen nicht und der Gefahr, daß etwa beim Abschreiben durch vom Verwalter gestellte Schreiber Urkunden aus den Beilagen entwendet oder vernichtet werden, läßt sich leicht vorbeugen.

30) Wie dies in der Pr. KO. vorgeschrieben war.

31) Die Anmeldung kann wohl mit einem „vorbereitenden Schriftsatze" verglichen werden; im Uebrigen aber fehlt der Boden zu einer Anwendung der auf diese Schriftsätze bezüglichen Vorschriften der Civilprozeßordnung. Denn „der Prüfungstermin ist keine mündliche Prozeßverhandlung im Sinne derselben, weder ein Rechtsstreit noch Parteien sind vor dem Termine vorhanden, noch soll in diesem der Richter eine Entscheidung über den Anspruch fällen." (Motive zum II. E. S. 361.)

1) Ich folge der Preußischen Instruktion.

walter geben) eine kurze Uebersicht der Konkursmasse, sowie der angemeldeten und bekannten Schulden auf Grund des Inventars, der Bilanz und der tabellarischen Zusammenstellung. Es wird sodann zur Verhandlung über die einzelnen angemeldeten Forderungen nach der Reihenfolge der Tabelle, also zuerst der bevorrechtigten[2]), und zwar nach den Ziffern des §. 54, sodann der übrigen geschritten. Der Richter trägt dabei den wesentlichen Inhalt der zur Verhandlung stehenden Anmeldung vor, veranlaßt nöthigenfalls den Liquidanten zur Vervollständigung derselben und vernimmt sodann die Erklärung der Anwesenden. Der Verwalter hat sich hiebei zuerst zu erklären; erkennt er die Forderung als richtig an und wendet auch keiner der anwesenden Gläubiger Etwas ein, so ist die Verhandlung geschlossen. Erfolgt von irgend einer Seite Widerspruch, so beginnt die eigentliche Erörterung.

II. Diese Erörterung ist eine mündliche, es findet dabei keinerlei Formzwang statt und es finden dabei auch die Vorschriften der Civ.-Pr.-O. über das mündliche Vorbringen von Partei-Vorträgen und Behauptungen (§. 119 u. ff.) nicht Anwendung, weil es sich hier nicht um förmliche kontradiktorische Streitverhandlungen handelt, sondern blos um Feststellung, ob diese oder jene Forderung bestritten ist oder nicht. In diesem Stadium kann und soll das Gericht allerdings, im Sinne des §. 67 der KO., alle zur Aufklärung erforderlichen Ermittlungen anordnen, aber nur soweit solche sofort, im Prüfungstermine selbst vorgenommen werden können, z. B. durch Einsicht und Benützung der dem Richter bereits vorliegenden Akten, Geschäftsbücher und sonstigen Behelfe, aber auch hier nur so weit, als zur Feststellung der Frage nöthig ist, ob die Forderung bestritten ist oder nicht, oder allenfalls um den Streit in Güte beilegen zu können. Die Ergänzung der wesentlichen Mängel der Forderungsanmeldungen von Amtswegen durch besondere Ermittelungen, z. B. durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ist in diesem Stadium aus den bereits oben zu §. 127 unter lit. b erörterten Gründen nicht zulässig, wodurch aber keineswegs ausgeschlossen ist, daß, wenn der betreffende Gläubiger oder dessen Vertreter oder der Gemeinschuldner im Prüfungstermine anwesend ist, der Konkursrichter durch entsprechende Fragestellungen an diese Personen den wesentlichen Mangel der Forderungs-Anmeldung, soweit es thunlich ist, beseitigen lassen kann, weil dieses in dem Zwecke des Prüfungstermines liegt und weil der Gemein-

---

2) Ob das Verfahren zu schließen ist, wenn die Masse durch die bevorrechtigten Forderungen erschöpft wäre, siehe §. 190.

schuldner nach Abs. 2 des §. 129 sich über die Forderungen zu erklären und nach §. 92 auch über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Aufschluß zu geben hat. Eine Vertagung der Prüfung einzelner Forderungen auf einen spätern Termin ist vom Gesetze nicht zugelassen, vielmehr muß an dem festgesetzten Prüfungstermine das Resultat definitiv festgestellt werden[3]).

III. Eine besondere Ladung des Gemeinschuldners ist im Gesetze nicht ausdrücklich vorgeschrieben, ich halte sie aber für selbstverständlich[4]) (vgl. oben S. 222 lit. f).

Der Gesetzestext enthält ferner keine Bestimmung darüber, was in dem Falle zu geschehen hat, wenn der Gemeinschuldner im Prüfungstermine nicht erschienen ist. Ich glaube, daß in diesem Falle keine Vertagung des Prüfungstermines stattfinden darf, wenigstens nicht wegen der bloßen Abwesenheit des Gemeinschuldners, eben weil in diesem Stadium, wie schon erwähnt, kein streng prozessuales Verfahren zulässig ist, und weil die Bestimmung im Abs. 2 des §. 129, daß der Gemeinschuldner über die Forderungen sich zu erklären habe, nur eine fakultative ist und die persönliche Anwesenheit desselben im Prüfungstermine voraussetzt. Bleibt er aus, so muß angenommen werden, daß er auf sein Recht, sich über die Forderungen zu erklären, verzichten und also die letzteren auch nicht bestreiten wolle. Die gegentheilige Annahme würde dazu führen, daß der Gemeinschuldner nach seinem Belieben jeden Prüfungstermin vereiteln oder wenigstens die Erledigung des Konkurses nach Willkühr hinausziehen könnte.

Dagegen ist allerdings zulässig, wenn es zur Aufklärung der Sache nothwendig erscheint, auf Grund des §. 93 Abs. 2 der Konkursordnung den Kridar zwangsweise vorführen zu lassen; wenn aber der Vollzug dieser vom Verwalter oder von einem Gläubiger beantragten Maßnahme faktisch unmöglich ist, kann eine Vertagung des Prüfungstermines nicht stattfinden.

Was in dem Falle zu geschehen hat, wenn der Gemeinschuldner Forderungen bestreitet, wird in den Erläuterungen des §. 132 vorkommen.

---

3) Ebenso Meisner S. 302 Note 2, Stieglitz S. 525. Von Sarwey S. (560) [669] glaubt, auf Antrag könne eine solche Vertagung eintreten, Hullmann S. 271, Petersen S. 401 u. Wengler S. 541 lassen die Vertagung sogar von Amtswegen zu.

4) Die Motive sagen dagegen: „für den Gemeinschuldner gilt die öffentliche Bekanntmachung als Ladung“

IV. Auch bezüglich der Gläubiger findet keinerlei Zwang zum Erscheinen im Prüfungstermine oder zur Erklärung über die Forderungen der andern Gläubiger statt; ihr Ausbleiben oder Schweigen gilt nur als Verzicht auf die Bestreitung ihrerseits, und wenn dieselben auf die allenfallsigen Fragen des Richters bezüglich wesentlicher Mängel ihrer eignen Forderungs-Anmeldungen keine oder keine genügenden Antworten oder Aufschlüsse ertheilen [5]), so findet gegen sie ebenfalls kein Zwang statt, sondern es werden eben alsdann die Mängel einfach als nicht beseitigt betrachtet und es haben die Gläubiger, wie schon oben erwähnt, die Nachtheile, welche ihnen aus diesem Benehmen entstehen, sich selber zuzuschreiben.

V. Anders aber beim Verwalter. Verzögert dieser sein Erscheinen im Prüfungstermine, so ist er durch mündliche Aufforderung, soferne dieselbe ohne erheblichen Aufenthalt ausführbar ist, zum sofortigen Erscheinen zu veranlassen. Die Verhandlung kann zu diesem Zwecke auf kurze Zeit ausgesetzt werden.

Bleibt der Verwalter definitiv aus, so kann der Prüfungstermin nicht abgehalten werden [6]); der Konkursrichter hat einen neuen Termin anzusetzen, dessen Kosten der Verwalter zu tragen hat. Zugleich kann demselben das Erscheinen zu der wiederholt angesetzten Verhandlung bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe aufgetragen werden. Bei fortgesetztem Nichterscheinen wäre freilich nur durch Entlassung des renitenten Verwalters und Ernennung eines anderen zu helfen, denn ohne Konkursverwalter kann der Termin durchaus nicht abgehalten werden.

Ob der Konkursverwalter sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen könne, ist bestritten [7]). Es wird eingewendet, die Thätigkeit des Verwalters im Prüfungstermine sei, weil sich im Voraus nie übersehen lasse, was bei dieser Verhandlung vorkommen könne, keine solche, welche einem unter Aufsicht und Anweisung des Verwalters unterworfenen Mandatar übertragen werden könne. Allein einestheils besteht die Möglich-

---

5) Ueber den Fall, daß der Anmeldende überhaupt nicht erscheint, vgl. unten bei §. 131.

6) Ein Kontumazialverfahren gegen den Verwalter ist durch die Natur der Sache ausgeschlossen und ich glaube auch nicht, daß (wie z. B. Stieglitz S. 523 Note 6 und auch Fitting §. 29 Note 38 annehmen) das Gericht einen Stellvertreter ad hoc plötzlich nur für den einen Termin ernennen könne Dies ist schon durch § 72 der KO. ausgeschlossen. Vgl. auch oben S. 51.

7) Z. B. von Stieglitz S. 523 Note 6.

keit der Instruktionsertheilung, und sollte ein in dieser nicht vorgesehener Fall zur Sprache kommen, so ist ja immer noch durch Vertagung zu helfen [8]).

Für den Fall der Verwalter zugleich selbst Konkursgläubiger ist, muß allerdings ad hoc ein Stellvertreter aufgestellt werden; dies geschieht am Zweckmäßigsten sogleich bei der ursprünglichen Ernennung [9]).

VI. Ueber die Verhandlung im Prüfungstermine ist ein Protokoll zu führen [10]). In demselben werden sämmtliche Erschienene aufgezählt, und der Gang der Verhandlung im Allgemeinen beurkundet [11]). Die einzelnen Momente derselben und die speziellen Erklärungen der Betheiligten werden jedoch nicht aufgeschrieben; ebensowenig bedarf es einer Aufnahme des Resultates der Verhandlung in Ansehung der einzelnen Forderungen, denn dieses wird ja in der Tabelle konstatirt. Selbst wenn z. B. vergleichsweise gegen Nachlaß eines Betrages Seitens des Liquidanten der Rest der angemeldeten Forderung anerkannt wird, genügt es, dies in der Tabelle vorzumerken. Anders, wenn ein förmlicher Vergleich zu Stande gekommen wäre, z. B. [12]) wenn im Falle des §. 16 der KO. der kontraktliche Erfüllungstag noch nicht eingetreten, jedoch das Entschädigungsquantum schon jetzt durch Uebereinkunft festgestellt würde. (Vgl. auch noch §. 132 lit. c.)

VII. Das französische Recht [13]) [Code de commerce Art. 507] verlangt eine „Affirmation" in die Hände des Kommissärs Seitens des Liquidanten, daß seine Forderung richtig und wahr sei. Das Gesetz hat dieses System nicht adoptirt. Wie nun, wenn der Verwalter oder ein Gläubiger die Anerkennung der Anmeldung von einer eidlichen Bekräfti-

---

8) Ebenso Petersen S. 402; v. Sarwey S. 675; v. Wilmowski S. 396. Daß das Gericht die Wahl des Bevollmächtigten gut heißen müsse (Petersen, v. Sarwey), könnte aus dem Bestätigungsrechte des Gerichtes gefolgert werden; ich stimme indessen v. Wilmowski bei, daß dem Gerichte ein solches Genehmigungsrecht nicht zusteht; bei unzweckmäßiger Wahl wäre aber Einschreitung gegen den Verwalter zulässig.

9) Fitting §. 29 Note 38; Fuchs S. 102; Stieglitz S. 429 Note c.

10) Ueber die Berathungen des Gläubigerausschusses pflegt man in der Praxis dagegen keine förmlichen Protokolle zu führen, sondern nur kurze Aufschreibungen zu machen

11) Auch ist z. B. die Rückgabe von Urkunden an die Anmeldenden u. dgl zu konstatiren.

12) Dies Beispiel gibt die Pr. Instruktion.

13) Und verschiedene andere Rechte, welche die Motive zum II. E. (S. 362) anführen.

gung derselben Seitens des Liquidanten abhängig macht? Daß dieser hierauf nicht einzugehen braucht, ist gewiß; wenn er aber bereit ist, muß und darf der Konkursrichter im Prüfungstermine den Eid abnehmen?

Es sprechen Gründe dafür, dies zuzulassen. An und für sich ist der Konkursrichter in seiner Eigenschaft als Amtsrichter befugt, Eide abzunehmen; eine freiwillige Uebereinkunft, gleichsam ein antizipirter Vergleich, also ein erlaubter Rechtsakt liegt vor und eine Störung der Verhandlungen wird dadurch nicht hervorgerufen, im Gegentheile die Sache wird wesentlich abgekürzt. Indessen wird man sich doch dagegen aussprechen müssen, gerade weil darin ein Vergleich gelegen ist, ein solcher also zum Feststellungsverfahren selbst gehört und dieses ausdrücklich jeder Verfügung des Konkursrichters entzogen ist [14]).

VIII. Kann das Prüfungsgeschäft in einem Tage nicht beendigt werden, so hat der Richter weiteren Termin sofort anzuberaumen. Er wird diesen, wenn nicht dringende Gründe entgegenstehen, auf den nächsten und die folgenden Tage zu bestimmen haben [15]). Einer öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wie bereits oben (S. 116) erörtert wurde.

---

§. 130.

Aenderungen in der Anmeldung. Nachträgliche Anmeldungen.

In dem Prüfungstermine sind auch diejenigen Forderungen, welche nach dem Ablaufe der Anmeldefrist [a]) angemeldet sind, zu prüfen [b]), wenn weder der Verwalter noch ein Konkursgläubiger hiergegen Widerspruch erhebt [c]); andernfalls ist auf Kosten des Säumigen [d]) ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen [e]).

Auf nachträglich beanspruchte Vorrechte und sonstige Aenderungen der Anmeldung findet die vorstehende Bestimmung entsprechende Anwendung [f]).

---

14) Auch könnte die Heiligkeit des Eides bei einem solchen Vorgehen leicht geschädigt und außerdem frivolen Eideszuschiebungen Thür und Thor geöffnet werden.

15) Zweckmäßig wird bei größeren Konkursen schon im Proklam gesagt „am so und so vielten und nöthigenfalls den darauffolgenden Tagen jedesmal von 9 Uhr bis 12 Uhr Vormittag". Denn da der Einzelrichter auch sonst noch zu thun hat, ist er nicht verpflichtet, den ganzen Tag oder gar mehrere Tage vollständig für eine Sache zu verwenden.

Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden[g]), tragen die Kosten des besonderen Prüfungstermines.

I. E. —; II. E. §. 103; Pr. H. E. Art. 827; Pr. K. O. §. 176; B. Ar. O. Art. 1270.

a. (nach dem Ablaufe der Anmeldefrist).

Nachdem im ersten Absatze dieses Paragraphen nicht unterschieden wird, wie lange nach dem Ablaufe der Anmeldefrist[1]) die Anmeldung erfolgt ist, wohl aber in Absatz 3 die erst nach dem Prüfungstermine selbst angemeldeten Forderungen besonders erwähnt werden, ergibt sich, daß auch die im Termine selbst zur Anmeldung gelangenden Ansprüche nach Maßgabe des Abs. 1 zu behandeln sind. Da aber anderseits der Richter und die Gläubiger, sobald einmal die eigentliche Prüfung und Erörterung begonnen hat, sich zu unterbrechen nicht gehalten sein können, so folgt, daß nur am Anfange des Termines und etwa am Schlusse der Prüfung noch nachträgliche Anmeldungen erfolgen dürfen.

b. (zu prüfen).

Wie bereits oben (§. 126 Erl. lit. a) erörtert wurde, ist die Anmeldungsfrist keine Präklusivfrist; kein weiterer Rechtsnachtheil, als unter Umständen die Verpflichtung, die Kosten eines neuen Termines zu zahlen, trifft denjenigen, welcher die Frist versäumt[2]). Sobald ein Widerspruch gegen die Nachprüfung unterbleibt, werden die verspäteten Anmeldungen den rechtzeitigen vollkommen gleich behandelt[3]).

---

1) Aenderungen, Nachträge, Verbesserungen, welche noch innerhalb der Frist einkommen, fallen nicht unter §. 130. Kommen solche zwar innerhalb der Frist, aber nachdem der Gerichtsschreiber die Abschrift der Tabelle dem Verwalter schon mitgetheilt hat, ein, so bedarf es zwar nicht nochmaliger Abschrift der ganzen Tabelle, wohl aber kann der Verwalter Copie der Nachträge begehren.

2) Die vor dem Prüfungstermine aber verspätet erfolgenden Anmeldungen werden formell behandelt wie die rechtzeitig einkommenden. Sie sind unter der jeweilig nächsten Nummer in der Tabelle einzutragen, ohne daß der Gläubiger hiewegen einen eigenen Restitutionsantrag beizubringen hätte. Sie sind den Betheiligten gleichfalls zur Einsicht offen zu legen und die Abschrift des Tabellen-Nachtrages dem Verwalter mitzutheilen. (Vgl. lit. g). Mit Recht bemerkt Stieglitz S. 527, daß solche verspätete Anmeldungen vom Gerichtsschreiber auch in die dem Verwalter eingehändigte Tabelle der rechtzeitigen Anmeldungen eingeschrieben werden können, ohne daß hiedurch der §. 130 auf sie Anwendung verlöre.

3) Das Gesetz bedient sich zwar zweier verschiedener Ausdrücke, in §. 129

c. (Widerspruch erhebt).

Das Gesetz führt unter den Personen, welche zum Widerspruche gegen die Prüfung der verspäteten Forderungen im Prüfungstermine berechtigt sind, den Gemeinschuldner nicht auf. Dieses hat seinen Grund darin, daß, wie unten zu §. 132 erörtert werden wird, nach den Grundsätzen der Deutschen Konkursordnung der Gemeinschuldner überhaupt nicht zu den Widerspruchsberechtigten gegen angemeldete Forderungen gegenüber den Gläubigern gehört.

Da aber nach §. 132 Abs. 2 der Widerspruch des Gemeinschuldners wenigstens in dem Fall eine Wirkung hat, wenn bereits zu der Zeit der Eröffnung des Konkurses ein Rechtsstreit über die betreffende Forderung anhängig war, indem alsdann der letztere wieder aufgenommen werden kann, und ebenso nach §. 152 Abs. 2 der KO. ein solcher Widerspruch des Gemeinschuldners für die Zeit nach Beendigung des Konkurses von großer Bedeutung ist, so entsteht die Frage, ob nicht aus diesem so eben erwähnten Grunde dem Gemeinschuldner ebenfalls das Recht zusteht, bezüglich einer verspätet angemeldeten Forderung gegen die Prüfung in dem Prüfungstermine Widerspruch zu erheben und zu verlangen, daß hiefür ein besonderer Termin bestimmt werde. Der Grund und Zweck der Gesetzesvorschrift in §. 132 Abs. 2 spricht zwar für die Bejahung der aufgestellten Frage, der Wortlaut der entscheidenden Gesetzesstelle §. 130 Abs. 1 spricht aber für die Verneinung, weil hierselbst — wie erwähnt — der Gemeinschuldner nicht unter den widerspruchsberechtigten Personen aufgeführt ist, und bei klarem Wortlaute des Gesetzes findet eine ausdehnende Auslegung wegen Gleichheit des Grundes und Zweckes des Gesetzes nicht statt. Der Gemeinschuldner muß sich deshalb, wenn nicht etwa der verspätete Anmelder freiwillig einen nachträglichen Prüfungstermin nachsucht, damit helfen, daß er die Forderung materiell bestreitet[4]), um sein Recht zu wahren.

d. (auf Kosten des Säumigen).

Unter diesen Kosten[5]) sind wohl auch die Entschädigung für Zeit-

---

heißt es: „erörtert", in §. 130 dagegen: „geprüft" und Dr. Goldschmidt's Antrag (K. Prt. S. 91) die Ungleichheit zu beseitigen wurde abgelehnt, allein der im Texte stehende Satz ist offenbar demohngeachtet richtig.

4) Er sagt: „die Forderung ist mir erst jetzt bekannt geworden; ich bin nicht in der Lage, mich mit Bestimmtheit äußern zu können, ich vermag daher zur Zeit nicht, ihre Richtigkeit anzuerkennen, ich bestreite sie demnach."

5) Dieselben können nach dem Gerichtskostengesetz §. 95 Abs. 2 sofort nach Abhaltung des Prüfungstermines erhoben werden.

versäumniß, Reisekosten, Deserviten der Anwälte u. s. w. zu begreifen, Alles natürlich nur, soweit diese Auslagen durch den wiederholten Termin verursacht werden. Wenn also z. B. an dem zweiten Termine ein Gläubiger auftritt oder seinen Anwalt schickt, der im ersten Termin nicht erschienen war, so kann dieser keinen Kostenersatz verlangen.

e. (zu bestimmen).

Diese „Bestimmung" erfolgt sofort in dem ersten Termine und enthält eigentlich nur eine „Vertagung" im Sinne der §. 85 Abs. 2 der KO. Dieselbe bedarf daher keiner öffentlichen Bekanntmachung[6]), doch wird diese in der Praxis in der Regel dennoch (und zwar mit Rücksicht auf die im Termine nicht anwesenden Gläubiger) vorgenommen.

Die Frage, innerhalb welcher Frist der besondere Termin anzuberaumen sei, ist im Gesetze offen gelassen[7]); das Gericht muß daher auf das Interesse der Betheiligten Rücksicht nehmen. Natürlich ist nicht nöthig, für jede Nachprüfung einen besonderen Termin zu bestimmen; vielmehr wird jedenfalls für alle im ersten Termine zurückgestellten Anmeldungen eine gemeinsame Nachprüfung anzuordnen sein, und wenn nicht etwa eine Vertheilung oder andere wichtige Verhandlungen nahe bevorstehen, so wird der Richter, um allenfallsige noch nachträglich einkommende Anmeldungen mitnehmen zu können, den Termin etwas weiter hinaussetzen[8]).

f. (entsprechende Anwendung).

Wenn schon eine vollständige Anmeldung, die verspätet eintrifft, nicht ausgeschlossen ist, so kann um so weniger die Aenderung einer rechtzeitigen Anmeldung präkludirt sein. Es steht sonach dem Liquidanten frei, nachträglich und auch noch im Termine selbst für seine Forderung[9]) ein Vorrecht zu verlangen, oder ihren Betrag zu erhöhen, oder sogar den ganzen Schuldgrund zu ändern.

Kann er solches aber auch noch nach dem Termine? Ich glaube nicht; denn wird die Anmeldung nicht bestritten, so gilt sie als festgestellt und muß daher bleiben, wie sie eingetragen ist. Wird sie bestritten, so hin-

---

6) Vgl. oben S. 375. Fitting §. 38 Note 13, Stieglitz S. 528 u. v. Wilmowski S. 399 halten die Bekanntmachung für gesetzlich geboten.

7) Motive zum II. E. S. 359.

8) Die Pr. KO. hatte in §. 166 für ausländische Gläubiger die Anberaumung einer zweiten Anmeldefrist und eines zweiten Termines obligatorisch gemacht, was sich indessen nicht bewährt hat.

9) Daß er ein beanspruchtes Vorrecht fallen lassen oder den Betrag reduziren kann, ist ohnehin selbstverständlich.

dert §. 134 Abs. 4 jede nachträgliche Aenderung. Demohngeachtet kann die Aenderung auf dem Umwege erzielt werden, daß der Gläubiger die frühere Anmeldung zurückzieht und sodann — soferne noch Zeit ist — nachträglich neu anmeldet.

g. (nach dem Termine anmeldet).

I. Wie solche Anmeldungen, die erst nach dem Prüfungstermine erfolgen, zu behandeln sind, ist im Gesetze nicht gesagt. Es tritt daher die analoge Anwendung der für die primären Anmeldungen gegebenen Vorschriften ein. Es muß also auch eine verspätete Anmeldung die in §. 127 enthaltenen Voraussetzungen erfüllen; der Gerichtsschreiber hat sie nach §. 128 Abs. 2 zu behandeln; dem Verwalter und den Gläubigern muß ein Zeitraum von einer Woche bis zu zwei Monaten (§. 126) gegönnt sein, während dessen sie die Anmeldung nach §. 128 Abs. 1 einsehen können, und im ersten Drittel dieser Frist muß der Nachtrag zur Tabelle dem Verwalter abschriftlich mitgetheilt werden [10]). Darauf wird — und zwar von Amtswegen — ein besonderer Prüfungstermin anberaumt, welcher wie der ursprüngliche öffentlich bekannt gemacht und dem Verwalter sowie den gerichtsbekannten Gläubigern speziell kundgegeben werden muß [11]).

Daß eine Vertheilung an die im ersten Prüfungstermine festgestellten Gläubiger (§. 137 der KO.) durch solche Nachzügler nicht aufgehalten werden darf, ist übrigens klar.

II. Wie lange können solche Nachmeldungen erfolgen? Das Gesetz setzt keine Grenze, daher müssen dieselben zugelassen werden, so lange sie faktisch noch Erfolg äußern können. Sonach wird nach Feststellung des Schlußverzeichnisses (§. 150) im Schlußtermine eine Anmeldung faktisch unberücksichtigt bleiben müssen; ebenso wird nach Annahme eines Zwangsvergleiches in dem Vergleichstermine (§. 166) keine Forderung mehr angemeldet werden können.

Ueber die Ansprüche der Verspäteten, im Falle bereits eine Vertheilung stattgefunden hatte, siehe unten die Erl. zu §. 143.

---

10) Während aber alle diese Maßnahmen bei den ursprünglichen Anmeldungen auf Kosten der Masse gehen, wird hiefür der Verspätete selbst aufzukommen haben, denn obwohl in §. 130 Abs. 3 nur der Kosten des Prüfungstermines ausdrücklich Erwähnung geschieht, so gehören obige Kosten doch implizite zu diesen, da alle bezüglichen Handlungen eben diesen Termin vorbereiten.

11) Die Kosten hiefür müssen vorgeschossen werden. Gerichtskostengesetz §§. 82 u. 84.

§. 131.

Ausbleiben des Anmeldenden im Prüfungstermine.

Die Prüfung einer angemeldeten Forderung [a]) findet statt [b]), wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermine ausbleibt [c]).

I. E.; II. E. §. 131; Pr. H. E. —; Pr. K. O. —; B. Pr. O. —

a. (einer angemeldeten Forderung).

Der §. 131 bezieht sich sowohl auf die innerhalb der Anmeldefrist, als auch auf die nach Ablauf derselben angemeldeten Forderungen. Ebenso ist unter dem „Prüfungstermine" nicht blos der nach §. 102 der KO. im ersten Proklama angesetzte, sondern auch der nach §. 129 Abs. 1 und 3 anberaumte nachträgliche Prüfungstermin zu verstehen.

b. (findet statt).

Es ist bereits oben (§. 129 Nr. IV) erörtert worden, daß ein Zwang zum Erscheinen im Prüfungstermine für die Gläubiger nicht besteht. Das Gesetz geht nun aber einen Schritt weiter und erklärt die persönliche Vertretung der Anmeldungen für irrelevant [1]). Aus dem Wegbleiben vom Prüfungstermine wird weder ein Verzicht auf die Anmeldung vermuthet, noch erwächst dem Ausbleibenden irgend ein Präjudiz. Die angemeldete Forderung muß ebenso geprüft werden, wie wenn der Anmeldende anwesend wäre; wird dieselbe vom Verwalter oder Gläubiger widersprochen, so fällt sie nicht aus dem Konkurse weg. Sie wird als streitige erklärt und steht nicht schlimmer [2]), als die bei Anwesenheit des Gläubigers widersprochene.

c. (ausbleibt).

Ob das Ausbleiben mit oder ohne Verschulden geschieht, ist einerlei. Will der Ausgebliebene auf seine Kosten einen neuen Termin anberaumt wissen, so ist ihm dies zu gewähren; denn er kann offenbar nicht schlechter stehen, als derjenige, welcher seine Forderung erst nach dem Prüfungstermine anmeldet.

---

1) Eine solche Bestimmung war nöthig im Hinblicke auf das Gemeine Recht, wo das „Präsenzmachen" an den Ediktstagen eine res sacrosancta war.

2) Der Nachtheil liegt für den im Termine ausbleibenden Gläubiger nur darin, daß der Anwesende durch Aufklärungen und Erörterungen vielleicht den Widerspruch beseitigen kann, der Abwesende aber hiezu keine Gelegenheit hat und den Prozeßweg betreten muß.

§. 132.

Feststellung der Forderungen.

Eine Forderung gilt als festgestellt [a]), soweit gegen sie im Prüfungstermine [b]) ein Widerspruch [c]) weder von dem Verwalter [d]) noch von einem Konkursgläubiger [e]) erhoben wird, oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist [f]).

Ist die Forderung vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten [g]), so kann [h]) ein Rechtsstreit, welcher über dieselbe zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig war [i]), gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden [k]).

I. E. § 182 Abs. 2; II. E. §. 132; Pr. H. E. Art. 824; P. K. O. § 173; B. Pr. O. Art. 1268 Abs. 2.

a. (gilt als festgestellt).

Nach Gemeinem Rechte wurde im ersten Ediktstage der Beweis der liquidirten Forderung und ihres Ranges angetreten, im zweiten und dritten Ediktstage darüber verhandelt und im Prioritätsurtheile vom Richter der Anspruch entweder zugelassen oder „aus der Gant gewiesen." Das Verfahren nach der jetzigen Konkursordnung kennt weder einen Beweis noch einen konkursrichterlichen Ausspruch über die Konkursberechtigung mehr. Es hat der Konkursrichter mit der Entscheidung, ob eine angemeldete Forderung im Konkurse Befriedigung zu finden habe oder nicht, gar Nichts mehr zu thun; der Konkursrichter läßt keinen Gläubiger zu und weist keinen aus der Gant, sondern er konstatirt nur, was die Betheiligten unter sich in dieser Beziehung austragen. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Bezeichnung „festgestellt" die technische und auch richtige. Alle Forderungen, welche als Konkursforderungen festgestellt sind, nehmen an der Massevertheilung Theil und erhalten ihren Antheil, alle anderen bleiben unberücksichtigt. Es genügt also nicht, daß die Forderung als solche festgestellt ist, sie muß als eine „Konkursforderung" festgestellt sein, das heißt als eine Forderung in diesem bestimmten Konkurs, als ein Anspruch an diese bestimmte Masse, und damit sie „ihren Antheil", das heißt den nach ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit an dieser Masse ihr gebührenden verhältnißmäßigen Antheil erhält, muß zugleich ihr Rang festgestellt sein. Diese Feststellung erfolgt auf doppelte Weise [1]), entweder stillschweigend dadurch, daß im Prü-

---

1) Ich halte es für sehr wünschenswerth, wenn der Sprachgebrauch sich hier einigermaßen fixiren wollte; die Theorie kommt ohne technische Ausdrücke

fungstermin gegen die Forderung kein Widerspruch erhoben wird, oder ausdrücklich, indem der erhabene Widerspruch beseitigt wird.

„Stillschweigend" (im technischen Sinne) ist die Forderung auch dann festgestellt, wenn im Prüfungstermine der Verwalter oder die Gläubiger dieselbe mit ausdrücklichen Worten anerkennen, ihre Richtigkeit bestätigen, einen anfänglich versuchten Widerspruch in Folge der Erörterung aufgeben und dergleichen. Denn alles dieses ist rechtlich irrelevant [2]); entscheidend ist nur, ob am Schlusse der Prüfung die Forderung widersprochen oder unwidersprochen bleibt. Im ersteren Falle ist dieselbe „streitig geblieben", in letzteren „festgestellt". Es ist besonders zu bemerken, daß man zu unterscheiden hat zwischen „streitig geblieben" und „bestritten". Streitig bleibt die angemeldete Forderung, wenn der Verwalter oder ein Gläubiger entweder ihre Richtigkeit (ganz oder zu dem angemeldeten Betrage) oder ihre Berechtigung, in diesem Konkurse befriedigt zu werden, oder ihre Berechtigung, in der beanspruchten Reihenfolge befriedigt zu werden (das heißt ihren Rang, das Vorrecht) widerspricht. Bestritten dagegen ist die Forderung, wenn der Gemeinschuldner dagegen Einwendungen erhebt, was natürlich nur bezüglich ihrer Richtigkeit (im Ganzen oder im Einzelnen) geschehen kann, da die Frage des Ranges und auch die Frage, ob die Forderung als Konkursforderung erscheint, nur die Rechte der übrigen Gläubiger, nicht aber diejenigen des Gemeinschuldners berührt [3]).

b. (im Prüfungstermine).

Nur der im Termine von einem Anwesenden erhobene Widerspruch wird beachtet. Hätte ein Gläubiger schriftlich gegen eine Forderung Einsprache erhoben, oder hätte er vor dem Termine z. B. bei der Gerichtsschreiberei Protest eingelegt u. dgl., so würde dies ohne rechtliche Bedeutung sein. Natürlich kann aber der Verwalter oder irgend ein Gläubiger im Termine diesen Widerspruch aufnehmen und dann ist eben die Forderung durch diesen Widerspruch streitig.

---

leicht in's „Fabuliren" und eine unklare Theorie erzeugt in der Regel eine verschwommene Praxis.

2) Der Richter hat deshalb im Termine nicht viel herumzufragen; er hat die Gläubiger nicht aufzufordern sich zu erklären, ob sie die Forderung anerkennen oder nicht. Der Verwalter muß sich allerdings erklären, aber auch dieser nur negativ, ob er widersprechen wolle oder nicht.

3) Im Gegentheile, für den Gemeinschuldner kann es nur erwünscht sein, wenn eine Forderung (soferne er gegen die Richtigkeit an sich keinen Einwand hat) auch als Konkursforderung erachtet wird; es schützt ihn dies möglicherweise gegen separaten Angriff.

c. (ein Widerspruch).

Um eine Forderung als nicht festgestellt erscheinen zu lassen, genügt nach dem Gesetze der Widerspruch an und für sich. Ein Grund, weshalb widersprochen wird, braucht nicht angegeben zu werden. Wird ein solcher angegeben, so ist dies rechtlich bedeutungslos. Der Bestreitende ist an seine Erklärung im Feststellungsverfahren nicht gebunden. Es ist ferner in der Wirkung gleich, ob der Widersprechende das Bestehen einer Forderung überhaupt, oder über ihren angemeldeten Betrag, oder ihre Qualität als Konkursforderung[4]) bestreitet; ebenso ob er die Forderung als unbewiesen, als nicht glaubhaft erklärt, oder ihr Einreden entgegensetzt.

d. (von dem Verwalter).

„Der Schwerpunkt der Verhandlungen im Prüfungstermine — sagen die Motive — wird immer bei dem Verwalter liegen[5]), welcher in seiner Person zugleich die Funktion des gemeinrechtlichen Kontradiktors in sich vereinigt und als Vertreter des Gemeinschuldners, sowie in pflichtmäßiger Wahrnehmung der Interessen aller Gläubiger berufen ist, jede einzelne Forderung sowohl nach ihrer Richtigkeit als nach ihrem etwaigen Vorrechte zu prüfen.“ Der Verwalter[6]) hat sich daher über jede Forderung einzeln zu erklären, allein nicht nothwendig ist, daß er eine ausdrückliche Anerkennung abgibt, es genügt seine Erklärung, daß er keinen Grund zum Widerspruche finde[7]). Diese Erklärung bindet aber wieder anderseits die Gläubiger nicht; ihr Bestreiten macht trotz der Anerkennung Seitens des Verwalters die Forderung zu einer streitigen.

e. (von einem Konkursgläubiger).

I. Das Gesetz gewährt das Prüfungsrecht jedem anwesenden[8]) Gläu-

---

4) Wird nur die Qualität als bevorrechtigte Forderung bestritten, so kann der Anmeldende seinen Anspruch auf bevorzugte Befriedigung fallen lassen und die Feststellung als gewöhnliche Konkursforderung verlangen.

5) Im Gegensatze hiezu wurde bei den Berathungen (K. Prt. S. 91) lebhaft die Meinung vertreten, es solle dem Verwalter kein Widerspruchsrecht eingeräumt werden, wenn eine Forderung von den Konkursgläubigern anerkannt worden sei. Indessen blieben sowohl aus faktischen wie rechtlichen Erwägungen diese Vorschläge unberücksichtigt.

6) Wegen Stellvertretung desselben siehe oben S. 373 Note 6.

7) Vgl. Note 3.

8) In analoger Anwendung des § 89 der KO. — Schriftliche Beanstandung ist, wie schon oben bemerkt, ausgeschlossen; auch kann nicht ein anwesender Gläubiger ohne Vollmacht für einen abwesenden widersprechen, er muß, wenn er dies will, den Widerspruch eben als von sich ausgehend

biger [9]), welcher eine Forderung bereits angemeldet hat [10]); es unterscheidet aber hinsichtlich der zum Widerspruche berechtigten Gläubiger nicht zwischen solchen, deren Forderung bereits festgestellt ist, und solchen, die selbst nur eine streitige Forderung vertreten; ebenso nicht zwischen gewöhnlichen und bevorrechtigten Gläubigern. Demnach kann im Prüfungstermine der anmeldende Gläubiger dem ihm Widersprechenden nicht entgegenhalten: „du bist in dieser Sache gar nicht berechtigt mitzureden, du hast ja, wie sich zeigen wird, selbst Nichts zu fordern.“ Anderseits läßt sich ein Widerspruch bei der Prüfungs-Verhandlung auch damit nicht beseitigen, daß der Widersprochene einwendet, „der Widersprechende, der von vorneherein als bevorrechtigt zum Zuge komme, erhalte ja unter allen Umständen (weil die Masse so weit jedenfalls reiche) sein Geld; für ihn habe also die Frage, ob er — der Anmeldende — eine Forderung habe oder nicht, gar kein Interesse.“ Alle diese Momente sind vorerst [11]) irrelevant; „festgestellt“ ist eine Forderung nicht, sobald ihr ein Widerspruch entgegengesetzt wird. Dagegen steht natürlich dem Betheiligten frei, im Spezialprozesse (nach §. 134) — durch Nachweis der Thatsache, daß der Widersprechende selbst keine Forderung, oder eine in diesem Konkurse nicht liquidirbare Forderung habe, oder daß er als bevorrechtigt kein Interesse an der Bestreitung der nachgehenden Forderung habe, —

---

erheben. Wegen Bestreitung auf Grund des Anfechtungsrechtes siehe oben Bd. I S. 401 Note 18.

9) Ueber die rechtliche Konstruktion dieses Widerspruchsrechtes besteht eine Kontroverse. Schultze (Grundlagen S. 55 ff.) nimmt an, der widersprechende Gläubiger vertheidige als Vertreter der Konkursgläubiger dem anmeldenden Gläubiger gegenüber den gemeinsamen Konkursanspruch, während Fitting § 12 Anmerk. 18 den widersprechenden Gläubiger als auftraglosen Geschäftsführer der Masse und „folglich des Gemeinschuldners“ bezeichnet. Ich möchte der Ansicht sein, daß eine „Stellvertretung“ anzunehmen nicht nöthig sei, sondern der widersprechende Gläubiger seinen eigenen Anspruch auf verhältnißmäßige Befriedigung aus der Masse kraft eigenen Rechtes gegen eine von ihm als ungerechtfertigt bezeichnete Schmälerung durch einen Unberechtigten vertheidigt. Praktische Folgerungen lassen sich übrigens, soweit ich es übersehe, weder aus der einen noch aus der anderen Aufstellung ableiten.

10) Diese Anmeldung kann allerdings gleich beim Beginne des Termins erfolgen, vgl. oben Erläuterung zu §. 131 lit. a.

11) Und mit Recht; denn alle diese Fragen stehen in jener Zeit noch so zu sagen in der Luft und der Prüfungstermin würde möglicherweise noch länger dauern als eine Adreßdebatte in der Bayerischen Kammer, wenn all dies hier abgemacht werden sollte.

die Sachlegitimation des Prozeßgegners in Wegfall zu bringen und dadurch ein obsiegliches Urtheil zu erlangen [12]).

II. Der Gemeinschuldner hat kein Widerspruchsrecht. Dies ist eine gewaltige Neuerung. Während man im Gemeinem Rechte verschiedene Kautelen nöthig hielt, damit nicht zum Nachtheil der Gläubiger durch unwahre Anerkennung Seitens des Schuldners Beweis erbracht werden könne [13]), der Widerspruch des Kridars aber volle Beachtung fand, ist im neuen Verfahren sowohl die Anerkennung wie die Nichtanerkennung des Gemeinschuldners auf die Feststellung und damit auf die Berücksichtigung im Konkurse ohne allen Einfluß.

Theoretisch rechtfertigt sich dieser Satz im Hinblick auf den Uebergang des Verfügungsrechts des Gemeinschuldners über die Masse auf den Konkursverwalter; sobald man den Gedanken festhält, daß die Verfügung über das gesammte zur Masse gehörige Vermögen nicht mehr dem Kridar, sondern dem Verwalter als bestelltem Güterpfleger zusteht, muß man auch diesen allein als berechtigt erklären, über Zulassung oder Nichtzulassung einer Forderung zur Befriedigung aus der Masse zu entscheiden. Es ließe sich freilich einwenden, daß für den Gemeinschuldner das Interesse, ob eine Forderung zuzulassen sei oder nicht, sich über den Konkurs hinauserstrecke und daß diesem Interesse durch die Bestimmung der §. 133 Abs, 2 u. §. 135, wonach die Feststellung nur den Konkursgläubigern gegenüber wirkt, nicht genügend Rechnung getragen sei. Denn um den Betrag, welchen die eine (nicht bestehende) Forderung aus der Masse wegnimmt, mindert sich ja dasjenige, was die Uebrigen erhalten, und erhöht sich also der nach Ausschüttung der Masse unberichtigt verbleibende Schuldrest zum Nachtheile des Kridars [14]). Würde man also

12) Motive zum II. E. S. 362 und Aeußerung des Reg.-Rathes Hagens in der 13. Kommissionssitzung.

13) Z. B. die Bestimmung, daß die Versäumung der Eidesannahme oder Eidesleistung durch den Schuldner nicht die poena recusati nach sich zog, sondern als „Zurückschiebung" interpretirt wurde u. s. w

14) Z. B. die Masse beträgt 60,000 Mark. Vom Schuldner nicht bestrittene Forderungen entziffern 100,000 Mark; eine weitere Forderung von 20,000 Mark wird vom Gemeinschuldner als unwahr oder bereits bezahlt erklärt. Wenn nun seinem Widerspruche weder der Verwalter, noch ein anderer Gläubiger beitritt, so erhalten die Forderungen je 50 %, während nach Ansicht des Gemeinschuldners sie 60 % erhalten sollten. Es bleiben also gegen ihn — abgesehen von der von ihm nicht anerkannten Forderung — nach Ausschüttung der Masse noch 40,000 Mark Ansprüche, die er nicht läugnen kann, bestehen.

z. B. supponiren, daß der Verwalter nachlässig oder gar im Komplotte mit dem fingirten Gläubiger sei, so würde allerdings der Gemeinschuldner dadurch sehr benachtheiligt sein, daß seine Erklärung im Konkurse völlig unberücksichtigt bleibt. Praktisch ist aber keine Gefahr; eine solche Erklärung, ein Widerspruch des Gemeinschuldners veranlaßt sicher den Verwalter [15]) oder einen anderen Gläubiger, für sich gleichfalls Widerspruch zu erheben, und damit ist die Feststellung beseitigt. Im schlimmsten Falle würde übrigens dem Gemeinschuldner nach geendigtem Verfahren [16]) unter Umständen ein Rechtsschutz gegen den Liquidanten nicht versagt werden können. (Vgl. unten zu §. 152.)

f. (soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist).

Diese Beseitigung erfolgt entweder durch Urtheil (auf dem Wege der Feststellungsklage nach §. 134) oder durch Vergleich, späteren Verzicht des Gläubigers oder Verwalters auf den erhobenen Widerspruch u. s. w.

g. (bestritten).

I. Diese Bestreitung wird nicht in der 8. Rubrik (vgl. das Formular auf Seite 316), sondern in der 9. Rubrik: „Bemerkungen" vorgetragen, und es ist nirgends vorgeschrieben, daß das Resultat des etwa in Folge der Bestreitung aufgenommenen Rechtsstreites in der Tabelle nachzutragen sei, wie dies in §. 134 Abs. 7 bei den Feststellungsprozessen geboten ist.

h. (so kann).

II. Nachdem der Abs. 2 sich unmittelbar dem Absatze 1 anschließt und sich nicht des Ausdruckes bedient: „auch vom Gemeinschuldner bestritten", so könnte man annehmen [17]), daß die betreffende gesetzliche Bestimmung nur auf festgestellte Forderungen sich beziehe [18]). Allein ich glaube doch [19]), daß der Absatz allgemeiner auszulegen ist. Gerade

---

15) Soferne er die Bestreitung nur übersehen hat; gegen dolus seinerseits sind andere Mittel gegeben.

16) Denn bis dahin gehört ja das indebitum zur Masse und kann daher vom Gemeinschuldner nicht in Anspruch genommen werden.

17) Wie z. B. Meisner S. 304, v. Sarwey S. (567) 677, Stieglitz S. 533, Wengler S. 545.

18) Hiefür spricht allerdings, daß der auf Antrag des Abg. Bahl (Prot. S. 98—100) aufgenommene Absatz ursprünglich lautete: „Ist die festgestellte Foderung vom Gemeinschuldner bestritten" u. s. w., und daß das Wort: „festgestellt" nur deshalb gestrichen wurde, weil der Regierungsvertreter Hagens es als überflüssig bezeichnete.

19) Mit v. Wilmowski S. 402.

wenn die angemeldete Forderung festgestellt wurde, hat der anmeldende Gläubiger in der Regel kein Interesse, den Widerspruch des Gemeinschuldners, der ja seine Befriedigung aus der Masse nicht hindert, zu beseitigen. Es kann ihm nur ausnahmsweise daran liegen, rechtzeitig für die Zeit nach dem Konkurse sein Verhältniß zum Schuldner klar zu stellen. Dagegen ist der Rechtsstreit gegen den Gemeinschuldner meist das beste Mittel, dem Widerspruch des Verwalters und der Mitgläubiger den Boden zu entziehen. Nur muß natürlich neben diesem Rechtsstreit das Feststellungsverfahren eingeleitet werden; denn die Vorschrift des §. 134 Abs. 3 wird durch den §. 132 Abs. 2 nicht berührt und der gegen den Gemeinschuldner geführte Prozeß berührt an und für sich die Konkursmasse und die Berechtigung, daraus befriedigt zu werden, nicht.

Eine Verpflichtung zur Aufnahme des Rechtsstreites besteht an sich nicht; der Gemeinschuldner ist aber, nachdem das Gesetz (wie sofort erörtert werden wird) durch den Abs. 2 des §. 132 eine Ausnahme von §. 218 der Civ.-Pr.-O. macht, meines Erachtens berechtigt, in der durch §. 217 der Civ.-Pr.-O. vorgezeichneten Weise eine definitive Entscheidung zu erzwingen [20]).

i. (anhängig war).

An dieser Stelle darf man nicht etwa das argumentum e contrario in der Art anlegen, daß gefolgert wird, im Falle zur Zeit der Konkurseröffnung kein Rechtsstreit anhängig gewesen, dürfe in Folge des Widerspruches des Gemeinschuldners auch keiner anhängig gemacht werden. Vielmehr befindet sich der Gläubiger, dessen Forderung der Gemeinschuldner widerspricht, in derselben Lage, wie jeder, der gegen einen Kridar nach eröffnetem Konkurs einen Anspruch erheben will. Hierüber entscheidet der §. 10 der KO. und es ist an jener Stelle (Abth. I S. 180) erörtert worden, daß zwar eine Exekution oder eine die Exekution bezweckende Prozeßführung gegen den Gemeinschuldner während der Dauer des Konkursverfahrens unzulässig ist, wohl aber jederzeit geklagt und ein Urtheil und selbst in abstracto die Vollstreckbarkeit erwirkt werden kann [21]).

Die obige Vorschrift des §. 132 Abs. 2 am Schlusse erklärt sich

---

20) Anderer Ansicht Meisner S. 307 Note 2, und auch Sarwey S. 678, welcher sich auf Prot. S. 100 stützt, ist für die Aufstellung, daß der Gemeinschuldner kein dringendes Interesse an der Verhandlung während des Konkurses habe. Dieses läßt sich indessen doch wohl nicht so unbedingt behaupten, vielmehr kann Niemandem zugemuthet werden, ungerechtfertigte Ansprüche bei Gericht auf unbestimmte Zeit hinaus hängen zu lassen.

21) Vgl. §. 231 der Civ.-Pr.-O.

durch die Rücksicht auf §. 218 der Civ.-Pr.-O. Durch die dort gegebene Vorschrift (daß jeder Prozeß im Falle der Eröffnung des Konkurses unterbrochen wird und vor Beendigung desselben nicht aufgenommen werden kann, wenn nicht dies nach den Bestimmungen der Konkursordnung zulässig ist) war es nothwendig geworden, den Gläubiger bei Bestreiten der Forderung durch den Gemeinschuldner in den Stand zu setzen, sein Recht weiter zu verfolgen. Dies und nicht mehr also will die obige Stelle sagen [22].

k. (aufgenommen werden).

Das Gesetz sagt nicht, von wem der Rechtsstreit gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden könne; indessen kann nicht wohl ein Zweifel bestehen, daß hiezu nur der liquidirende Gläubiger berechtigt ist. Daß der Gemeinschuldner selbst ihn nicht aufnehmen kann, folgt aus den Worten des Gesetzes, welches nur die Aufnahme gegen ihn gestattet; aber auch der Verwalter kann ihn nicht an seiner Stelle aufnehmen; dies ergibt sich daraus, daß der §. 9 der KO. bestimmt ausspricht, vom Konkursverwalter könnten nur solche gegen den Gemeinschuldner anhängige Rechtsstreitigkeiten aufgenommen werden, welche keine persönlichen Forderungen betreffen [23]). Man könnte nun aber dem Verwalter die Befugniß, den Prozeß gegen den Gemeinschuldner aufzunehmen, mit der Argumentation zusprechen wollen, derselbe habe das Gesammtinteresse der Gläubiger zu vertreten und es werde unter Umständen im Interesse dieser Gläubiger liegen, daß ein gegen den Gemeinschuldner anhängiger Prozeß zur endgültigen Entscheidung gelange. Allein wenn erwogen wird, daß der Zweifel an der Richtigkeit einer angemeldeten Forderung für die Berücksichtigung im Konkurse vom Verwalter durch Widerspruch im Prüfungstermine allein wirksam gemacht werden kann und für die Vertheilung der Masse nur dieser Umstand von Bedeutung erscheint, so muß um so mehr der Verwalter für nicht befugt zur Aufnahme des Rechtsstreites gegen den Gemeinschuldner erachtet werden, als ja derselbe zugleich das Interesse des Gemeinschuldners vertritt und doch wohl nicht gegen dieses selbst prozessiren kann.

Wie aber nun, wenn sich die Sache so stellt [24]): Gläubiger A meldet im Konkurse des B ein Darlehen von 1000 Mark an, über welches er bereits vorher Prozeß geführt; B bestreitet die Forderung, weil sie schon

---

22) Ebenso Stieglitz S. 533.

23) Vgl. Abth. I S. 174.

24) Ich meine, der Fall wäre eigentlich der natürlichste und müsse sich daher in der Praxis oft ereignen.

bezahlt sei. Der Verwalter und einige Mitgläubiger widersprechen daraufhin die Anmeldung vorsorglich, erklären aber, da sie selbst von der Sache Nichts wüßten, machten sie die Aufrechthaltung des Widerspruchs von dem Ausgange des Rechtsstreites zwischen A und B abhängig. Können sie dies? An sich nicht; der A kann und muß (wie schon bei tit. g II erörtert) die Feststellung dadurch erwirken, daß er die Klage gegen den Verwalter und die Gläubiger nach §. 134 Abs. 3 der KO. fortsetzt, und das Resultat des aufgenommenen Prozesses allein entscheidet über seine Zulassung bei der Vertheilung. Indessen wenn der A nach §. 132 Abs. 2 den Rechtsstreit zugleich gegen den Gemeinschuldner selbst aufgenommen hat, oder wenn B diese Aufnahme in Gemäßheit des §. 217 der Civ.-Pr.-O. erzwingt, wird Nichts im Wege stehen, daß die definitive Entscheidung des Feststellungsprozesses vertagt wird, bis der gegen den Gemeinschuldner aufgenommene Rechtsstreit entschieden ist. Lassen aber A und B ihren Streit liegen, so können der Verwalter und die Gläubiger hiegegen Nichts machen, sondern sie müssen eben ihrerseits im Feststellungsprozesse die fragliche Zahlung beweisen, wobei sie die Hülfe des Gemeinschuldners nach §. 92 der KO. erzwingen können.

---

§. 133.

Wirkung der Feststellung.

Das Gericht [a]) hat nach der Erörterung einer jeden Forderung das Ergebniß [b]) in die Tabelle einzutragen [c]). Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden [d]) ist von dem Gerichtsschreiber die Feststellung zu vermerken [e]),

Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern [f]).

I. E. §. 143; II. E. §. 133; Pr. H. G. Art. 826; Pr. KO. §. 175; B. Pr. O. Art. 1270.

a. (Gericht).

Daß hier der Ausdruck Gericht gebraucht wurde und nicht Gerichtsschreiber, während doch sonst alle gerichtlichen Beurkundungen in der Regel dem Gerichtsschreiber [1]) übertragen sind, hat seinen Grund in der

---

1) Das physische Einschreiben geschieht natürlich durch den Gerichtsschreiber oder dessen Stellvertreter auf Diktiren des Konkursrichters.

Wichtigkeit der hier in Frage stehenden Eintragung, indem letztere, gemäß Abs. 2 des §. 132, rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern wirkt und ebenso, gemäß §. 152 Abs. 2, auch gegenüber dem Schuldner, wenn dieser im Prüfungstermine die Forderung nicht ausdrücklich widersprochen hatte. Es muß daher, wenn dem Wortlaute und der Absicht des Gesetzes genügt werden soll, die Eintragung nach geschehener Vorlesung von dem Amtsrichter oder von dessen Stellvertreter, sodann von dem Gerichtsschreiber unterzeichnet werden [2]). Die Unterschrift der Parteien ist vom Gesetze nicht verlangt. Wäre der eine oder andere Betheiligte mit dem Inhalte oder der Fassung des Eintrages nicht einverstanden, so muß dies in der Rubrik „Bemerkungen" konstatirt werden. Bei den rechtlichen Folgen, welche der Eintrag hat, kann die sofortige Beschwerde gegen den angefochtenen Eintrag meines Erachtens nicht versagt sein.

b. (das Ergebniß).

Zu jeder geprüften Forderung muß in der Rubrik „Bemerkungen" der Eintrag gemacht werden, ob und inwieweit und mit welchem allenfallsigen Vorrechte sie als unstreitig festgestellt, oder ob und in wie weit sie streitig geblieben ist, von wem sie bestritten [3]), und ob und in wie weit die Anmeldung etwa zurückgenommen wurde; denn über alles dieses ist, wenn der Zweck des Gesetzes erreicht werden soll, eine gerichtliche Beurkundung nothwendig. Beispielsweise haben diese Konstatirungen also zu lauten [4]): „die Forderung ist nach dem angemeldeten Betrage und Vorrechte als unstreitig festgestellt", oder: „die Forderung ist auf die Höhe von 10,000 Mark mit dem angemeldeten Vorrechte als unstreitig festgestellt; den Anspruch auf den angemeldeten Mehrbetrag von 2000 Mk. hat Liquidant fallen lassen", oder: „die Richtigkeit der Forderung ist streitig geblieben; das Vorrecht ist eventuell unstreitig. Gegenpartei des Anmeldenden sind die Gläubiger A und B", oder „die Richtigkeit der Forderung ist auf die Höhe von 2000 Mark unstreitig; der Mehrbetrag von 3000 Mark ist vom Verwalter widersprochen. Das Vorrecht für die ganze Forderung ist von dem Gläubiger Z streitig geblieben."

---

2) Natürlich nicht jede einzeln, sondern zuletzt am Ende der Prüfungsverhandlung alle miteinander.

3) Die widersprechenden Gläubiger müssen ganz genau nach Name, Stand und Wohnort angegeben werden, denn dieser Eintrag bildet die Grundlage des Spezialprozesses nach §. 134.

4) Preuß. Instruktion §. 27.

c. (einzutragen).

Daß über die Prüfungs- und Feststellungs-Verhandlung auch ein Protokoll aufgenommen und letzteres nach den im §. 145 u. ff. der Civ.-Pr.-O. gegebenen Vorschriften eingerichtet werden muß, ist bereits oben zu §. 129 V im Allgemeinen ausgeführt, und versteht sich sowohl nach der Natur der Sache, als auch im Hinblick auf §. 65 der KO. von selbst; ebenso, daß die Tabelle als ein Theil des Protokolles zu betrachten ist. Die Gründe, aus welchen eine Forderung bestritten wird, brauchen in der Tabelle und auch im Protokolle nicht angeführt zu werden, weil dieser Punkt für das Prüfungs- und Feststellungs-Verfahren unerheblich und nur für die späteren Spezialprozesse von Belang ist. Die Gründe und Rechtstitel, auf welchen die Forderung selbst beruht, müssen wenigstens ihrem wesentlichen Inhalte nach in der Tabelle angegeben werden, bedürfen aber ebendeshalb keiner Erwähnung im Protokolle.

Der Eintrag hat zu geschehen, bevor zur Erörterung einer weiteren Forderung übergegangen wird.

d. (auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden).

Die der Anmeldung beigelegenen Urkunden sind, sobald die Forderung streitig bleibt, dem anmeldenden Gläubiger sofort zurückzugeben, da er diese Urkunden zum Betreiben seiner Forderung bedarf. Ist die Forderung festgestellt, so kann der Gläubiger gleichfalls die Rückgabe der Urkunden verlangen; thut er dies nicht, so bleiben die Urkunden bei Gericht und werden erst nach Beendigung des Konkurses von Amtswegen zurückgegeben[5]).

Die Rückgabe ist im Protokolle durch Unterschrift zu bestätigen. Vgl. §. 129 Note 11).

e. (zu vermerken).

Dieser Vermerk muß mit dem in der Tabelle konstatirten wörtlich übereinstimmen. Er ist als „Ausfertigung" des Tabelleneintrags anzusehen und kann daher vom Gerichtsschreiber allein, aber mit Beifügung des Gerichtssiegels erfolgen.

f. (gegenüber allen Konkursgläubigern).

I. Daß der Gemeinschuldner unter jenen Personen, gegen welche die Eintragung in die Tabelle als Urtheil gilt, nicht mitaufgeführt ist, hat seinen Grund darin, weil es einerseits selbstverständlich ist[6]), daß die hier erwähnte Rechtskraft, wenn der Gemeinschuldner im Prüfungstermine die betreffende Forderung nicht widersprochen hat, auch ihm gegen-

---

5) Aus dem rein formellen Grunde, weil die Akten sonst zu dickleibig werden.

6) Vgl. §. 152 Abs. 2 der KO.

über gilt, und weil im entgegengesetzten Falle, wenn er nämlich die Forderung im Prüfungstermine widersprochen hat, sein Widerspruch zwar, dem oben Erörterten gemäß, gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam, dagegen für ihn selbst gemäß §. 152 Abs. 2 insofern wirksam ist, als in solchem Falle nach Aufhebung des Konkurses die Zwangsvollstreckung gegen ihn aus der Eintragung in die Tabelle allein nicht stattfindet. Wenn der betreffende Gläubiger nicht einen anderen Forderungstitel, welcher zur Vollstreckung berechtigt, aufzuweisen vermag, muß er seine Forderung im gewöhnlichen Rechtswege gegen den Schuldner geltend machen. Dagegen ist die Feststellung in der Tabelle nicht nur für, sondern auch gegen den Anmeldenden selbst wirksam.

II. Die im Prüfungsverfahren erfolgte Feststellung wirkt unterschiedslos für und gegen alle Konkursgläubiger, mögen sie ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, oder mögen sie im ersteren Fall im Prüfungstermine erschienen sein oder nicht.

Ein nachträglicher Widerspruch eines Gläubigers, welcher im Prüfungstermine entweder nicht erschienen ist oder sich in diesem nicht erklärt hat, ist somit ausgeschlossen. Eine Widereinsetzung gegen das Versäumniß des Prüfungstermines selbst, z. B. der Gläubiger wäre durch ein Naturereigniß oder einen anderen unabwendbaren Zufall verhindert worden, bei dem Termine einzutreffen, ist unzulässig.[7]) Indessen bin ich der Ansicht, daß, wenn das Ansuchen um nachträgliche Anhörung noch im Termine selbst erfolgt[8]), die Sache nicht so ängstlich zu nehmen und von kurzer Hand die Erörterung nachzuholen ist [9]).

III. Im Uebrigen ist die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Inhalt der Tabelle unter denselben Voraussetzungen zulässig, unter

---

7) Der §. 211 spricht nur von Versäumung einer Nothfrist; und es wird sich dessen analoge Anwendung auf den Prüfungstermin, obwohl dieser den einzigen Zeitpunkt bildet, in welchem die Erklärung auf die Anmeldung abgegeben werden kann, nicht rechtfertigen lassen. Ich ändere meine in I. Auflage vertretene Ansicht im Hinblick auf die übereinstimmende entgegengesetzte Ansicht der übrigen Kommentatoren.

8) Z. B. ein Gläubiger hätte ohne Verschulden den Aufruf einer Forderung überhört u. dgl. oder er hat sich durch einen unabwendbaren Zufall etwas verspätet, kommt aber, noch ehe der Termin geschlossen ist.

9) Wernz sagt in seinem Kommentar, gestützt auf eine Aeußerung v. Weiß: „Das Liquidationsverfahren ist als ein Ganzes zu betrachten und erst mit dem Schlusse derselben tritt die Verlustigung des Bestreitungsrechtes für die Mitgläubiger ein". Dies geht aber für die neue KO. etwas zu weit.

welchen in Gemäßheit des 4. Buches der Civ.-Pr.-O. (§§. 541 ff.) die Restitutions- und Nichtigkeitsklage gestattet ist. Hiebei versteht sich von selbst, daß die mit der Natur des Konkursverfahrens unvereinbaren Bestimmungen dieses Buches sich entsprechend modifiziren [10]). Von den Restitutionsgründen des §. 543 der Civ.-Pr.-O. wird Ziffer 2 (falsche Urkunden), Ziff. 4 und 5 (Unterlaufen einer strafrechtlichen Handlung), Ziff. 6 (im Falle ein Entschädigungsanspruch liquidirt worden wäre) und Ziff. 7 (Auffindung von Beweismitteln) unter Umständen auch im Konkurse Platz greifen [11]).

Fraglich ist, ob nicht diejenige Partei welche ohne ihre Schuld durch einen unabwendbaren Zufall bei der Prüfung unvertreten geblieben ist, den §. 542 Ziff. 4 der Civ.-Pr.-O. für sich anrufen kann. Jedenfalls könnte dies nur dann der Fall sein, wenn der Gläubiger unvertreten blieb durch ein Ereigniß, welches im gegebenen Falle auch durch Aufwendung aller durch die gegebenen Umstände gebotenen und diesen Umständen angemessenen Sorgfalt [12]) nicht abgewendet werden konnte [13]), wobei indessen das Gewicht auf den Worten „im gegebenen Falle" liegt, das heißt nur die konkrete Sorgfalt gefordert wird [14]).

---

10) Motive zum I. E. §. 98.

11) Ob durch eine Anfechtung des Resultates der Prüfung nach erfolgter Vertheilung diese selbst noch alterirt werden könne, ist eine weitere Frage.

12) Ich möchte hier besonders den wahrscheinlich in der Praxis häufigen Fall hervorheben, daß einer der anwesenden Gläubiger momentan das Zimmer verläßt und deshalb nicht in der Lage ist, seine Erklärung abzugeben. Geschieht dies freiwillig (z. B. um sich mit einem Glas Bock zu stärken oder dergleichen), so hat er sich die Folgen selbst zuzuschreiben. Wenn er aber in der Lage des Knechtes Michel im Götz von Berlichingen (Akt III Szene 7) sich befindet, so ist er verpflichtet, um seine Zulassung zur nachträglichen Erklärung verlangen zu können, um Pause oder Zurückstellung, bevor das Sitzungszimmer verlassen wird, zu bitten oder schnell einen anderen Anwesenden um Abgabe der Erklärung zu ersuchen.

13) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum A. D. HGB. Art. 395 Bd. III S. 434.

14) Z. B. der in Rosenheim wohnende Gläubiger A fährt zu dem am 1. März 1880 stattfindenden Prüfungstermine nach München und benützt den am Morgen über Holzkirchen fahrenden Zug. Dieser verunglückt und A kommt erst Abends nach München. Hier kann man natürlich nicht sagen, A hätte der Vorsicht halber einen Stellvertreter auf der über Grafing gehenden Parallelbahn abschicken müssen. Wenn aber z. B. der Zug in Aibling entgleist und A konnte noch rechtzeitig nach Rosenheim zurück und mit dem Kurierzug auf der zweiten Bahn nach München gelangen, so würde die Unterlassung dieser Maßregel ihn von der Wiedereinsetzung ausschließen.

§. 134.

Feststellungsverfahren.

Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen [a]) bleibt überlassen [b]), die Feststellung derselben [c]) gegen die Bestreitenden [d]) zu betreiben. Zu diesem Behufe hat das Gericht [e]) den Gläubigern einen Auszug aus der Tabelle [f]) in beglaubigter Form [g]) zu ertheilen.

Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben [h]). Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig [i]), zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichtes gehört [k]).

War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreites zu verfolgen [l]).

Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist [m]).

Die Bestimmungen des ersten, dritten und vierten Absatzes finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung [n]).

Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen [o]).

Die obsiegende Partei hat die Berichtigung der Tabelle [p]) zu erwirken.

I. E. §. 145; II. E. §. 131; Pr. H. E. Art. 832 ff.; Pr. KO. §. 227 ff.; B. P. O. —.

a. (Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen). „Für die unstreitigen Forderungen schließt das Feststellungsverfahren mit dem Eintrag in die Tabelle ab". (Motive.) Dieser Eintrag gilt nach §. 133 den Konkursmitgläubigern gegenüber, nach §. 152 auch gegenüber dem Gemeinschuldner (unter der Voraussetzung, daß dieser nicht

nach §. 132 Abs. 2 im Prüfungstermine die Forderung bestritten hat) als rechtskräftiges Urtheil. Nur für die Gläubiger, deren Forderungen nicht blos vom Gemeinschuldner bestritten, sondern auch entweder vom Verwalter oder von anderen Gläubigern widersprochen, also streitig geblieben sind, ist — wenn sie sich fortan im Konkurse betheiligen wollen — eine weitere Thätigkeit nothwendig. „Aber auch für sie schließt die Prüfung das gemeinschaftliche und damit das Verfahren im Konkurse ab" (Motive), das heißt: so weit es sich um die Feststellung der streitigen Forderungen handelt [1]).

b. (bleibt überlassen.)

Dieser Ausdruck ist natürlich nicht so zu verstehen, als wenn dem widersprochenen Gläubiger absolut überlassen bleibe, ob er die Feststellung betreiben wolle oder nicht. Will er sich fernerhin am Konkursverfahren betheiligen, so muß er die Forderung prozessualisch feststellen lassen. Ueberlassen bleibt ihm nur, ob er aus dem Konkurse austreten will oder nicht. Er kann daher allerdings wählen, ob er den Weg des §. 134 betreten oder ob er die Feststellung der streitig gebliebenen Forderung unterlassen wolle. Wenn er aber das Letztere wählt, so verzichtet er damit zugleich auf jeden Anspruch aus der Masse.

Der Ausdruck, dessen sich das Gesetz bedient, „es bleibt ihm überlassen" soll daher lediglich andeuten, daß das Feststellungsverfahren nicht von Amtswegen eintritt, sondern nur auf Antrag eingeleitet wird [2]).

c. (die Feststellung derselben).

Der §. 231 der Civ.-Pr.-O. sagt: „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses — kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß — durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde". Dieses rechtliche Interesse liegt für den widersprochenen [3]) Gläubiger im Konkurse offenbar vor.

---

1) Denn im Uebrigen ist für sie das Verfahren im Konkurse nicht abgeschlossen, im Gegentheile es geht sogar trotz der Streitigkeit des Anspruches für sie in eventueller Weise fort.

2) Diese Bestimmung richtet sich gegen die bisher fast allgemein übliche entgegengesetzte Ansicht, z. B. B. Pr.-O. Art. 1269: „Der Commissär bestimmt im Benehmen mit dem Gerichtsvorstande den Sitzungstag, an welchem über die durch das Liquidationsverfahren zu Tage getretenen Streitigkeiten vor dem Bezirksgerichte verhandelt werden soll". Aehnlich Code de Commerce art. 508, Badische Pr.-O., Hannöverische Pr.-O. u. s. w.

3) Dieser kurze Ausdruck ist so bequem und, wie ich glaube, verständlich genug, daß ich wegen seiner Anwendung kaum um stylistische Entschuldigung zu bitten habe.

Die Feststellung kann nun ein Dreifaches bezwecken:

A. Die angemeldete Forderung wird als entweder von Anfang an nicht vorhanden oder als später erloschen bestritten; in diesem Falle ist ihre Richtigkeit, ihr Bestehen festzustellen. Hiebei versteht sich von selbst, daß dies ganz oder theilweise geschehen kann; wenn A 1000 anmeldet und im Prüfungstermine werden 500 widersprochen, so muß eben festgestellt werden, daß die Forderung nicht blos 500, sondern effektiv 1000 betrage. Desgleichen kann sich die Feststellung auch nur auf Qualitäten der Forderung beziehen, z. B. daß sie unbedingt, daß sie schon fällig, daß sie verzinslich sei u. s. w.

B. Der zweite Fall ist, daß die Forderung an sich im Prüfungstermine anerkannt, aber bestritten wurde, daß sie ein Vorrecht genieße. Diese Negation ist ihrer Natur nach wieder auf doppelte Art möglich:

α) es können jene thatsächlichen Momente in Abrede gestellt werden, welche das Vorrecht gewähren; z. B. es wird zugegeben, daß die A vom Gemeinschuldner 100 Mark zu fordern hat, aber bestritten, daß A, wie sie angibt, Köchin bei demselben war, sondern behauptet, sie sei seine Geliebte gewesen. Oder der Verwalter gibt zu, daß die Deserviten des Dr. Pillendreher mit 500 Mark noch rückständig sind, behauptet aber, sie stammten aus früherer Zeit, der Gemeinschuldner sei im letzten Jahre gar nie krank gewesen. Daß hier die Feststellungsklage am Platze ist, erscheint klar; es handelt sich hier eben um Ermittlung der Rechtsbeständigkeit der angemeldeten Forderungsgründe, wie im obigen Falle;

β) es kann nun aber anderseits die Forderung thatsächlich, wie sie angemeldet wurde, unbestritten bleiben, aber die Subsumtion der Thatsachen unter die Kategorieen des §. 54 Ziff. 1—5 der KO. aus rechtlichen Gründen verneint werden[4]), z. B. es wird behauptet, in Ziffer 4 seien unter dem Ausdruck „Krankenpfleger" lediglich staatlich concessionirte zu verstehen und der Liquidant sei kein solcher, oder (was ja auch denkbar ist) der bestreitende Gläubiger bringt einfach vor, die liquidirende Gemeindekasse habe kein Vorrecht. In diesen Fällen wird freilich eigentlich Nichts thatsächlich „festgestellt", aber es wird doch für die rechtliche Beschaffenheit der Anmeldung eine Feststellung ertheilt.

C. Der dritte Fall ist der kritischste[5]); gesetzt, es handelt sich

---

4) Geschieht dies wegen Bestreitung der Qualität, so ist der Fall α gegeben, z. B. es wird behauptet, das von dem Sohne liquidirte Vermögen gehöre nicht unter das gesetzlich der väterlichen Verwaltung unterworfene u. dgl.

5) In den Motiven und in den Berathungen werden immer nur die beiden ersten erwähnt.

weder um Verneinung der Forderung noch um Verneinung des Vorrechtes, sondern nur darum, ob die Forderung eine solche ist, welche in diesem Konkurse Befriedigung verlangen kann. Z. B. es wird behauptet, die angemeldete Forderung stamme aus einer Geldstrafe (§. 56 Ziff. 3) oder aus einem Vermächtnisse (§. 56 Ziff. 4 der KO.) oder aber sie sei erst nach Eröffnung des Konkurses begründet worden (§. 2 der KO.). Muß dieser Streit auch im Wege der Feststellungsklage ausgetragen werden? Ich glaube, ja. Man könnte zwar annehmen wollen, daß solche Streitfragen vom Konkursrichter selbst nach §. 146 Abs. 2 der KO. zu erledigen seien. Es würde also dies so zu denken sein, daß entweder der Verwalter die Forderung aus seinem Verzeichnisse der bei der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen herausläßt und der Ausgelassene hiegegen Einwendung erhebt oder daß er sie einsetzt und hiegegen ein Mitgläubiger sich auflehnt, und nun in beiden Fällen der Konkursrichter sich ausspricht. Allein es ist oberster Grundsatz, daß maßgebend für die Betheiligung an der Masse nur die Tabelle und ihr Inhalt sein darf. Ist in der Tabelle eine Anmeldung festgestellt (das heißt nicht widersprochen oder der Widerspruch beseitigt), so muß der Verwalter sie in das Verzeichniß aufnehmen; ist dies nicht der Fall, so darf er sie nicht berücksichtigen. Ferner sagt §. 146 Abs. 2 ausdrücklich, daß durch die Entscheidung, welche nach der so eben citirten Stelle auf Einwendungen gegen den Vertheilungsplan ergeht, nur eine Berichtigung des Verzeichnisses (also nicht der Tabelle) erfolgt. Die Berichtigung der Tabelle — und um diese handelt es sich ja im supponirten Falle ebenso wie unter A und B — kann immer nur durch ein außerhalb des Konkursverfahrens erzieltes Urtheil bewirkt werden, und sonach bin ich der Meinung, daß auch die Frage, ob eine angemeldete Forderung — im Falle sie zwar als bestehend anerkannt ist, aber nicht als berechtigt erklärt wird, aus der Masse befriedigt zu werden — zuzulassen oder „aus der Gant zu setzen" ist, im Wege des Feststellungsverfahrens ausgetragen werden muß.

d. (gegen die Bestreitenden).

I. Das gemeinrechtliche Konkursverfahren hatte nach der allgemein üblichen Rechtsanschauung als bellum omnium contra omnes[6]) die Eigenthümlichkeit, daß man — nach einem glücklichen Ausdrucke der Motive[7]) — sich alle Mühe gab, „die Schicksale sämmtlicher Gläubiger mit einander zu verketten" und damit die Vereinigung auch des einfachsten Konkurses in unabsehbare Ferne rückte. Hiezu ist kein innerer Grund vor-

6) Vgl. Abth. I S. 38.

7) Zum I. E. S. 98.

handen und die Deutsche Konkursordnung folgt dem Vorgange der neueren Preußischen und Oesterreichischen Konkursgesetze, indem sie die Austragung aller Streitigkeiten aus dem Konkurs weist und die Streitenden sich selbst überläßt. Hiebei sind nun zwei Punkte hervorzuheben:

A. Der Fortgang des allgemeinen Verfahrens, die Befriedigung der feststehenden Ansprüche kann durch die Austragung der Streitigkeit über die Forderung eines anderen Gläubigers nicht aufgehalten werden;

B. Die Austragung dieser Streitigkeit wirkt zwar auf alle Gläubiger (vgl. §. 135), liegt aber nicht allen Gläubigern, sondern nur denjenigen ob, welche die Streitigkeit angeregt haben [8]).

Wer „die Bestreitenden" sind, ergibt sich aus dem nach §. 133 der KO. in die Tabelle eingetragenen Ergebniß der Erörterung im Prüfungstermine [9]). Es sind entweder der Verwalter oder einer oder mehrere Mitgläubiger oder der Verwalter und Gläubiger. In jedem dieser drei Fälle ist das Vorgehen das gleiche; der Verwalter stellt sich in derselben Weise als „Bestreitender" dar, wie jeder Mitgläubiger.

II. Das Gesetz sagt: „gegen die Bestreitenden"; es frägt sich nun: Ist gegen jeden Bestreitenden einzeln zu klagen und welche Wirkungen hat das gegen den Einen oder für den Einem ergehende Urtheil für die Uebrigen [10])?

Ueber diese Frage wurde sowohl in der ersten als zweiten Lesung sehr Viel debattirt. Gegenüber den entgegengesetzten Anschauungen hielt der Regierungsvertreter daran fest [11]), daß das hier fragliche Rechtsverhältniß den mehreren Gläubigern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne und daß daher hieher die einschlägigen Vorschriften der Civ.-Pr.-O. (§§. 59, 259, 434 ff.) Anwendung zu finden haben [12]). Nach

---

8) Dieser höchst wichtige Grundsatz ist in der Konkursordnung nicht direkt ausgesprochen; aber er liegt dem ganzen fünften Titel in allen Detailbestimmungen zu Grunde und läßt sich aus diesen abstrahiren; technisch liegt er auch in den hier in Frage stehenden Worten „gegen die Bestreitenden", denn daraus folgt, daß die „Nichtbestreitenden" mit der ganzen Sache nichts zu thun haben.

9) In diesem Ergebniß müssen die Namen der widersprechenden Gläubiger genannt sein. Vgl. oben S. 391.

10) Es sind hier immer diejenigen Gläubiger gemeint, welche im Prüfungstermine widersprochen haben. Daß für die übrigen das Urtheil wirkt, ist in §. 135 ohnehin deutlich gesagt.

11) Vgl. K. Prt. S. 94.

12) Bei Versäumniß des einen Streitgenossen wird derselbe als durch die

dem diesen Vorschriften zu Grunde liegenden Gedanken sei zwar nicht ausgeschlossen, daß die Handlung des einen Streitgenossen materiell insoferne von Einfluß sei, als sie möglicherweise die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache bestimmen könne. Formell aber könne durch die Widersprüche in den Erklärungen und Handlungen der einzelnen Streitgenossen keine Verwirrung entstehen, die Entscheidung müsse vielmehr stets einheitlich erfolgen, da eine Theilung nicht möglich sei.“ Abg. Hullmann hatte nun in zweiter Lesung [13]), um diese Sätze klar zu stellen, folgende zwei Zusätze beantragt [14]):

„Eine von Mehreren bestrittene Forderung kann nur einheitlich festgestellt werden. Ist in den Fällen des Abs. 6 der Widerspruch von Mehreren erhoben, so ist jeder von ihnen befugt, beim Konkursgerichte die Berufung einer Versammlung sämmtlicher Widersprechenden zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters für die Verfolgung des Widerspruchs zu beantragen. Wenn die Erschienenen sich nicht einigen, so hat das Gericht auf Antrag eines derselben aus den vorgeschlagenen Personen den Vertreter zu ernennen. Eine Anfechtung der Ernennung findet nicht statt.“

Hiegegen erklärten sich mit großer Entschiedenheit die Regierungsvertreter. Reg.-Rath Hagens bemerkte: „Wenn der Liquidant, dessen Forderung bestritten ist, gleichzeitig gegen den Verwalter und gegen die Gläubiger A und B auf Feststellung klage, beziehungsweise einen früher gegen den nachmaligen Gemeinschuldner angestrengten Prozeß gegen jene aufnehme, so könne allerdings die Feststellung der Forderung nicht eher erfolgen, als bis der Widerspruch aller Personen, welche die Forderung bestritten haben, beseitigt sei. Dies ergebe sich schon aus §. 132 Abs. 1 der KO. Daraus aber folge nur, daß die Streitgenossenschaft der Bestreitenden im Sinne der Civilprozeßordnung eine nothwendige sei, nicht aber ergebe sich eine „Zwangsstreitgenossenschaft“ in dem Sinne,

---

nichtsäumigen vertreten angesehen (§. 59), freie Beweisprüfung (§. 254), Eidesleistung (§. 434). Anerkannt in dem Erk. des RG. vom 29. September 1881 (Entscheid. Bd. V S. 414).

13) K. Prt. S. 174 ff.

14) Als Motiv wurde bemerkt, daß zwar, wenn der widersprochene Gläubiger zu klagen habe, dieser vermöge der Einrede der mangelnden Passivlegitimation zur Beklagung sämmtlicher Bestreitenden gezwungen werden könne; aber ein solcher Ausweg fehle, wenn nach Abs. 6 die Bestreitenden klagen müssen.

daß nun Alle gemeinschaftlich verklagt werden oder klagen müßten. Dem einzelnen Verklagten stehe die Einrede der fehlenden Passivlegitimation nicht zu; ebensowenig könnte dem einzelnen Klagenden die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden."

Ich theile diese Ansicht nicht; wie die Sache durch das Konkursverfahren gestaltet ist, handelt es sich nicht um verschiedene, mehreren Personen für sich zustehende Ansprüche, sondern nur um den einen, von dem Liquidanten geltend gemachten und ihm gegenüber bestrittenen Antheil am Konkursanspruch. Dieses Rechtsverhältniß allein soll festgestellt werden und in diesem kann ich nur zwei Parteien erkennen, auf der einen Seite den Liquidanten, auf der anderen alle Bestreitenden; diese Bestreitung ist ebenso untheilbar wie die Feststellung und daher kann auch nur ein Rechtsstreit darüber stattfinden. Sind von den verschiedenen oder gegen die verschiedenen Personen getrennte Rechtsstreite anhängig gemacht, so hat das Gericht nach §. 138 der Civ.-Pr.-O. ohnehin die Befugniß, dieselben zu verbinden; außerdem ersieht das Gericht aus der Tabelle, welche nach §. 134 Abs. 1 die Grundlage des Feststellungsverfahrens bildet, den Stand der bestreitenden Partei und kann daher stets, solange und soferne nicht sämmtliche Bestreitende sich zu einer Streitgenossenschaft vereinigt haben, die Legitimation des oder der Auftretenden als mangelhaft erklären und deren Richtigstellung dadurch erzielen, daß die in der Tabelle Genannten bei Vermeidung des Ausschlusses mit ihren Widersprüchen aufgefordert werden, binnen einer bestimmten Frist der Streitgenossenschaft beizutreten [15]).

Will man nun aber dieser Anschauung nicht beipflichten — und ich verkenne nicht, daß nach den Grundsätzen der neuen Civilprozeßordnung sich Manches gegen dieselbe einwenden läßt [16]) —, so muß man allerdings

---

15) Hiefür spricht sich auch Fitting §. 12 Anmerkung 17 aus. Der Fall, daß der eine Widersprechende etwas Anderes bestreitet als der andere (z. B. der eine den Betrag der Forderung, der andere das Vorrecht), gehört allerdings nicht hieher. Ueber die Ansicht v. Schultze's siehe unten bei §. 135.

16) Es steht ihr, wie bereits oben erwähnt, die Autorität des Reg.-Rathes Hagens entgegen. v. Wilmowski hebt auch einige praktische Gründe gegen obige Ansicht hervor (S. 413. b), z. B. sei, wenn gegen einen vollstreckbaren Titel ein bestreitender Gläubiger seinen Widerspruch in dem gemäß §. 134 Abs. 6 zulässigen Verfahren und Gerichtsstande, der mitbestreitende Verwalter aber denselben auf Grund einer Anfechtung vor einem anderen Gerichtsstande und in einem anderen Verfahren verfolgen müsse, die Ver-

jedem Einzelnen überlassen, „sein Heil zu suchen“ [17]). In diesem Falle ergibt sich für die weitere Sachbehandlung Folgendes:

Festgestellt ist eine Forderung jedenfalls nur dann, wenn sämmtlicher Widerspruch beseitigt ist. Gesetzt also, es haben die von A angemeldete Forderung der B, der C und der D bestritten, und A hat jeden derselben einzeln eingeklagt, so ist er vollkommen aus der Gant gesetzt, wenn er den Prozeß gegen B verliert. Ob er nachträglich die Prozesse gegen C und D gewinnt, ist irrelevant, denn dieses Gewinnen hebt die Thatsache nicht auf, daß in Folge Widerspruches des B die Forderung des A streitig ist und daß dieser Widerspruch nicht mehr beseitigt werden kann [18]). Wenn aber umgekehrt der A seinen Prozeß gegen B gewinnt, nützt ihm dies noch Nichts; um die Tabelle zu bereinigen, muß er dem Richter auch obsiegliche Urtheile gegen C und D vorlegen. Erst dann, wenn alle Widersprüche weggeschafft sind, ist die Forderung für den Konkurs legitimirt.

III. Einer besonderen Betrachtung bedarf der Fall, daß die Bestreitung deßhalb erfolgt, weil die angemeldete Forderung als eine zwar bestehende anerkannt, aber auf Grund der Bestimmungen in Titel 3 der KO. als den Mitgläubigern gegenüber unwirksam angefochten wird. Im Hinblicke auf §. 29 der KO., welcher bestimmt, daß das Anfechtungsrecht immer nur vom Verwalter ausgeübt werden darf [19]), können in solchem Falle niemals Mitgläubiger als „Bestreitende“ zugelassen werden [20]). Wenn also die Forderung des A von den Mitgläubigern B u. C deßhalb im Prüfungstermine widersprochen wurde, weil dieselbe unter §§. 23 bis

---

bindung unmöglich; wenn aber z. B. der Aufenthalt eines Bestreitenden zur Zeit nicht zu ermitteln, also das Ediktalverfahren gegen ihn einzuleiten wäre, oder mit ihm Vergleichsverhandlungen obschweben, die gemeinsame Belangung unzweckmäßig.

17) Reg.-Rath Hagens bemerkte bei der Berathung (K. Prt. S. 176): „In der Praxis werde die Einigung der Interessenten keine Schwierigkeiten machen, und wo solche nicht zu erzielen, möge Jeder sein Heil einzeln versuchen“.

18) Hieraus ergibt sich aber schon, daß dies getrennte Prozessiren nicht zulässig sein sollte. Ueber dieselbe Sache zweierlei Entscheidungen, von denen die günstige einfach wirkungslos bleibt, scheint mir ein harter Zustand.

19) Vgl. Abth. I S. 395.

20) Die Aeußerung des Reg.-Raths Hagens in der 12. Sitzung (K. Prt. S. 92) geht dahin: „der Gläubiger, welcher die Forderung eines anderen widerspreche, könne in dem Spezialprozesse die Existenz der Forderung verneinen, Einreden aller Art vorbringen, aber die Anfechtung könne er nicht geltend machen“.

25 der KO. falle, der Konkursverwalter aber hat diesen Einwand nicht erhoben, so kann der Feststellungskläger der Bestreitung auf Grund des Anfechtungsrechtes die Replik der mangelnden Sachlegitimation hiefür entgegensetzen.

e. (hat das Gericht)

Diese Ertheilung des Auszuges aus der Tabelle erfolgt von Amtswegen, es bedarf keines Antrages Seitens des Gläubigers. Die Ausfertigung muß sofort am Schlusse des Termins angeordnet und möglichst schnell bethätigt werden[21]).

f. (einen Auszug aus der Tabelle).

„Der dem Gläubiger zu ertheilende Auszug aus der Tabelle besteht in einer vollständigen Abschrift aller Rubriken derjenigen Nummern dieser Tabelle, welche die streitige Forderung enthält" [22]). Beglaubigte Abschrift der Anmeldung und des Protokolls ist von Amtswegen nicht zu ertheilen; verlangt solche ein Gläubiger, so hat er die Kosten zu tragen.

g. (in beglaubigter Form).

Die Beglaubigung kann vom Konkursgerichte selbst erfolgen; die Unterschrift des Konkursrichters dürfte nicht erforderlich sein.

h. (im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben).

I. Nachdem einmal der Grundsatz angenommen ist, die Austragung der mehr erwähnten Streitigkeiten unter den Gläubigern außer den Konkurs zu verweisen, fehlt ein genügender Anlaß, für die Behandlung dieser Streitigkeiten ein besonderes Verfahren vorzuschreiben. Es bleibt demnach bei den Regeln des Civilprozesses und zwar bei den gewöhnlichen Bestimmungen desselben. Die Streitigkeiten sind nicht etwa in einem besonderen summarischen Wege zu behandeln, sondern, soweit sie von den Amtsgerichten geführt werden, ist der zweite Abschnitt, soweit landgerichtliche Zuständigkeit gegeben ist, der erste Abschnitt von Buch II der Civ.-Pr.-O. maßgebend. Für die Rechtsmittel bleibt es gleichfalls bei den Bestimmungen des III. u. IV. Buches. Der Urkunden- und Wechselprozeß[23]) und das Mahnverfahren sind der Natur der Sache nach aus-

---

21) Die Preuß. Instr. v. 1855 bemerkt, daß durch die Ausführung dieser Verfügung die Erledigung anderer damit etwa zusammentreffender Geschäfte, welche besonders beschleunigt werden müssen (z. B. die Einleitung des Akkordverfahrens), nicht aufgehalten werden dürfe.

22) Aus der Preuß. Instruktion v. 1885 §. 41.

23) §. 555 der Civ.-Pr.-O. setzt voraus, daß die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen in Anspruch genommen wird. Im ersten Entwurf war der Ausschluß dieser Prozeßarten ausdrücklich ausgesprochen.

geschlossen, da zufolge der obigen Stelle der Konkursordnung nur auf Feststellung geklagt werden kann. Dagegen steht meines Erachtens [24]) Nichts im Wege, wenn die Parteien das schiedsrichterliche Verfahren nach Buch X der Civ.-Pr.-O. einschlagen wollen.

cfr. Petersen p. 451

Hinsichtlich des Inhaltes der zu erhebenden Klage wird insoferne eine Abweichung vom ordentlichen Verfahren (im engeren Sinne) allerdings eintreten, als das Petitum nicht, wie sonst üblich, auf Verurtheilung des Schuldners zur Zahlung, sondern nur auf Feststellung der Forderung nach deren Betrag oder Vorrecht, und von Seite des Beklagten nicht auf Abweisung der Klage, sondern auf Zurückweisung der Forderungs-Anmeldung überhaupt (wegen Nichtbestehens oder weil sie in dem Konkurse keine Berücksichtigung zu finden hat) oder auf Verweisung der Forderung in eine andere als die angemeldete Klasse wird gerichtet werden müssen. Da ferner, wie bereits früher (Abth. I S. 99) erwähnt, Handlungen des Schuldners als solche nicht Gegenstand des Konkursverfahrens sein können, sondern zur Masse nur das Interesse liquidirt werden darf, so ergibt sich, daß in solchem Falle die Feststellungsklage auch nicht auf die Leistung der Handlung, auch nicht auf Anerkennung der Pflicht zu dieser Leistung gerichtet werden soll, sondern die Feststellung des hiefür zu veranschlagenden Geldbetrages bezwecken muß.

II. Eine Frist für Erhebung der Klage ist im Gesetzestexte nicht vorgeschrieben, jedoch enthält der §. 140 eine andere Bestimmung, durch welche dem ungewissen Zustande vorgebeugt wird, welcher wegen Mangels einer Frist zur Feststellungsklage entstehen würde. Es ist nämlich dortselbst vorgeschrieben, daß Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind und für welche auch ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl nicht vorliegt, binnen zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung (des Vertheilungstermines) dem Verwalter den Nachweis zu führen haben, daß und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist, — widrigenfalls die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtiget werden.

Das Präjudiz ist demnach nur der Ausschluß von der konkreten Vertheilung; die nachträgliche Berücksichtigung wird sogar in §. 143 ausdrücklich gestattet. Somit besteht als Endtermin, bis zu welchem die Feststellungsklage noch immer möglich erscheint, die Schlußvertheilung.

---

24) A. A. v. Wilmowski S. 408.

Nach deren Abhaltung werden weder der Verwalter noch die Gläubiger sich mehr in den Prozeß einzulassen verpflichtet sein[25]).

i. (ausschließlich zuständig).

„Mit dem gemeinschaftlichen Klassifikationsurtheile fällt auch die Nothwendigkeit, sämmtliche Spezialprozesse vor das Konkursgericht zu ziehen, was auch nach Verweisung der Konkurse vor den Einzelrichter ganz unthunlich wäre." (Motive.) Das Konkursgericht als solches ist demnach für die Feststellungsprozesse nicht zuständig; demselben Amtsrichter, welcher Konkursrichter ist, kann die Behandlung einer solchen Feststellungsklage allerdings zufallen, aber dann eben nur in seiner Stellung als ordentlichen Einzelrichter, nicht als Konkursrichter.

Was nun die sachliche Zuständigkeit betrifft, so hat die Konkursordnung Nichts verändert; sobald es sich um Feststellung einer Forderung von über 300 Mark handelt, sind die Landgerichte zuständig, außerdem die Amtsgerichte. Es ist aber hiebei der §. 136 der KO. nicht außer Augen zu lassen, weil nach diesem die Berechnung des Betrages nicht nach dem Betrage der Forderung, sondern nach jenem Betrage geschieht[26]), der voraussichtlich auf die Forderung aus der Konkursmasse treffen wird[27]).

Da sich das Gesetz des Ausdruckes „ausschließlich" bedient, so sind die Landgerichte stets als solche, nicht aber als Handelsgerichte sachlich zuständig. Natürlich nur bei neu anhängig gemachten Klagen. Vgl. Seite 406 Note 31. Wenn also auch das festzustellende Rechts-

---

25) Natürlich muß der widersprochene Gläubiger, um praktisch einen Nutzen von seiner Klage zu haben, so rechtzeitig vor der Schlußvertheilung klagen, daß er den in §. 140 geforderten Nachweis liefern kann, sonst fällt er doch faktisch durch.

26) Im Falle eines bereits anhängigen Rechtsstreites natürlich nicht. Vgl. die Erörterungen zu diesem Paragraphen unten.

27) In der Praxis mag diese Berechnung vielfach auf Schwierigkeiten stoßen, weil zu der Zeit, zu welcher die Feststellungsprozesse anhängig gemacht, und innerhalb der Frist, während welcher bereits anhängige aufgenommen werden müssen, das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse, wenigstens der Regel nach, noch gar nicht feststeht und in sehr vielen Fällen auch gar nicht berechnet werden kann, weil man vor Ablauf dieser Frist, wenn bestrittene Forderungen vorliegen, noch nicht weiß, ob wegen derselben Feststellungsklage erhoben bezw. der frühere Prozeß aufgenommen wird oder nicht; es fehlt also in diesem Zeitraume noch ein wesentlicher Faktor, um das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse und somit auch die Gerichtszuständigkeit für den Feststellungsprozeß festzusetzen.

verhältniß ein handelsrechtliches oder die Forderung eine Wechselforderung ist, die Sache gehört doch nicht vor das Handelsgericht, sondern vor das Landgericht[28]).

k. (der Bezirk des Konkursgerichtes gehört).

Die civilprozessualen Bestimmungen über den Gerichtsstand erleiden für die Feststellungsklagen eine Aenderung. Die Konkursordnung erkennt nämlich insoferne eine vis attractiva des Konkurses an, daß sie ohne Rücksicht auf sonstigen Gerichtsstand der Beklagten das Amtsgericht, bei welchem, und das Landgericht des Bezirkes, in welchem der Konkurs anhängig ist, mit sämmtlichen im Konkurse nothwendig werdenden Feststellungsklagen befaßt[29]). Hiedurch ist praktisch[30]) einer zu großen Zersplitterung der Streitigkeiten und Entscheidungen vorgebeugt und zugleich für die Fälle, wo die Klage gegen verschiedene Interessenten mit verschiedenen allgemeinen Gerichtsständen sich richtet, die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes nach Maßgabe des §. 36 Ziff. 5 der Civ.-Pr.-O. überflüssig.

l. (durch Aufnahme des Rechtsstreites zu verfolgen).

Der Fall ist folgender: Fabrikant A hat am 1. Februar 1880 gegen den Kaufmann B für gelieferte Waaren einen Fakturabetrag von 5000 Mk. eingeklagt und es ist am 26. April 1880 vom Handelsgerichte mittelst Beweisbeschlusses dem B ein Eid auferlegt, als dieser am 1. Mai 1880 sich in Konkurs erklärt. Durch die sofort erfolgende Konkurseröffnung wird der laufende Rechtsstreit unterbrochen. A meldet seine Forderung an, im Prüfungstermine aber widersprechen der Verwalter und zwei Gläubiger C und D dieselbe. Hier hat nun A nicht bei dem Landgerichte

---

28) Die Motive (zum II. E. S. 365) geben als Grund dieser Bestimmung an, „daß die Feststellungsklage nicht gegen den Gemeinschuldner, und gegen die bestreitenden Verwalter oder Mitgläubiger nicht aus deren Geschäfte zu erheben sei.“ Dies ist indessen nicht ganz zutreffend, weil ja die Gegner im Feststellungsprozesse den Gemeinschuldner gleichsam zu vertreten haben und die Beschaffenheit des bestrittenen Rechtsverhältnisses in ihrer Wesenheit nicht verändert wird. Praktisch aber ist diese Behandlungsweise gewiß zweckmäßig. Vgl. auch Hullmann S. 382, Stieglitz S. 539 u. v. Wilmowski S. 408.

29) Aber nur soweit diese Nothwendigkeit reicht. In einem Erk. des RG. vom 23. Mai 1882 (Blum Bd. VI S. 126 ff.) ist z. B. ausgeführt, daß die Klage eines Erben des im Konkurse lozirten Gläubigers, dessen Erbqualität von dem Verwalter nicht anerkannt werden wollte, vor das, abgesehen von §. 134 der KO., zuständige Gericht gehöre.

30) Motive.

behufs Feststellung seiner Forderung gegen den Verwalter und den C und D Klage auf Anerkennung seiner Forderung zu stellen, sondern er hat die Feststellung dadurch zu erwirken, daß er den handelsgerichtlichen Prozeß bei dem Handelsgerichte[31]) fortsetzt. Das bisherige Prozeßresultat bleibt aufrecht; nunmehr aber ist an Stelle des Gemeinschuldners der Verwalter und die beiden Gläubiger C und D zu laden. Wenn nöthig, sind die früheren Anträge in Gemäßheit der durch die Konkurseröffnung und die stattgefundene Prüfung veränderten Rechtslage zu modifiziren; handelt es sich jetzt auch um ein streitig gewordenes Vorrecht, so ist eine Erweiterung des Antrages auch in dieser Richtung mit Rücksicht auf §. 240 der Civ.-Pr.-O. unzweifelhaft zulässig. (Motive.) Zu den nothwendigen Aenderungen gehört vor Allem, daß sich das bisher auf Verurtheilung lautende Petitum in das Verlangen auf Feststellung umwandelt[32]).

Neben diesem Prozesse kann aber der Prozeß gegen den Gemeinschuldner selbst fortgesetzt werden, worüber oben S. 387 zu vergleichen ist.

m. (angegeben ist).

Der Grund dieser Vorschrift liegt, inhaltlich der Motive, darin, daß jedem Konkursgläubiger bei der Prüfung und Feststellung der übrigen Konkursforderungen eine entscheidende Mitwirkung gesichert sein muß, daß aber diese verloren gehen würde, wenn in den Spezialprozessen eine Erweiterung der Forderungen nach ihrem Betrag oder Vorrecht oder eine wesentliche Aenderung des Schuldgrundes zugelassen würde. Da aber der Gesetzestext nichts Näheres darüber bestimmt, was als wesentliche Aenderung des Schuldgrundes zu betrachten ist, und da über diesen Punkt die Ansichten in der Praxis, und auch je nach Verschiedenheit der Landesgesetze bekanntlich weit auseinander gehen, so ist, um diese Schwierigkeiten wenigstens einigermaßen zu mildern, in den Motiven zur fraglichen Gesetzesstelle angeführt, daß in der Preußischen Konkursordnung an der Stelle, in welcher die hier in Frage stehende Materie behandelt wird (§ 290), zwar die Unzulässigkeit der Aenderung des wesentlichen Forderungsgrundes in der Feststellungsklage nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß jedoch in der dortigen Praxis angenommen sei, es dürfe die Aenderung nur so weit gehen, daß wenigstens die Identität der eingeklagten Forderung mit der angemeldeten nicht durch Substituirung eines anderen Klagegrundes in Zweifel gestellt werde, — für welche Ansicht sich auch

31) Hierin liegt eine Ausnahme von der S. 404 bezeichneten Kompetenz.

32) „Daß hierin eine unzulässige Klageänderung nicht liegt, ergibt sich aus §. 240 Ziff 3 der Civ.-Pr.-O." (R.-Rath Hagens K. Prt. S. 173.)

das Reichsoberhandelsgericht in einem Urtheile vom 27. April 1872 (Entsch. Bd. 5 S. 427 und 428) ausgesprochen habe. Dieser Ausweg ist zwar nicht zureichend, indem in der Praxis immer noch große Schwierigkeiten entstehen werden, allein es dürfte derselbe immerhin sehr empfehlenswerth sein, weil hierdurch wenigstens ein Theil der letzteren überwunden wird.

Eine weitere Frage entsteht auch noch, ob ein Gläubiger, wenn er seiner Forderungsanmeldung ein unrichtiges Fundament zu Grunde gelegt hat, später aber in die Lage kommt, das richtige Fundament angeben und nachweisen zu können, durch seine frühere unrichtige Angabe seine Forderung verlieren muß, oder ob ihm ein Weg offen steht und welcher, um den Irrthum wieder gut zu machen. Ein solcher Weg steht ihm allerdings noch offen, aber nur in der Art, daß er, wenn der Prüfungstermin noch nicht vorüber ist, gemäß §. 130 Abs. 1 u. 2, seine Forderungsanmeldung noch ergänzen und verbessern kann. Wenn aber der Prüfungstermin schon vorüber ist, jedoch die öffentliche Bekanntmachung bezüglich des ersten Vertheilungs-Verzeichnisses noch nicht stattgefunden hat, so kann der betreffende Gläubiger gemäß §. 130 Abs. 3 seine Forderungsanmeldung zwar ebenfalls noch ergänzen oder verbessern, er hat aber alsdann, inhaltlich derselben Gesetzesstelle, die Kosten des in solchem Falle nothwendigen besonderen Prüfungstermines zu tragen. In beiden Fällen muß er auch, gemäß §. 134 Abs. 2, seine Feststellungsklage bei dem bezüglichen Prozeßgerichte nach Maßgabe der vorgenommenen Ergänzungen oder Verbesserungen berichtigen, soweit dieses nach Vorschrift der Civ.-Pr.-O. noch zulässig ist, und darüber, daß diese Berichtigung geschehen ist, muß er, gemäß §. 140, innerhalb zweier Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung der zur Vertheilung kommenden Forderungssumme und des hiezu verfügbaren Massebestandes dem Konkursverwalter den Nachweis führen, — sonst wird die betreffende Forderung bei der Vertheilung nicht berücksichtigt.

n. (entsprechende Anwendung).

I. Als „besondere Gerichte[33])" sind in §. 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes außer den Rheinschifffahrts- und Elbezoll-, dann den Gewerbegerichten (welche hier kaum in Betracht kommen dürften), nur die Ablösungs- und Gemeindegerichte zugelassen. Was die letzteren betrifft, so

---

33) Weder die Handelsgerichte sind „besondere Gerichte", noch auch können die Amtsgerichte etwa in jenen Fällen, in welchen ihnen gewisse Gegenstände ohne Rücksicht auf ihren Werth zugewiesen sind, als solche erachtet werden.

glaube ich, daß deren Kompetenz für Feststellungsklagen durch §. 134 Abs. 2 beseitigt ist[34]). Wenn also auch da, wo Gemeindegerichte bestehen, z. B. der 50 Mk. liquidirende A und der diese Anmeldung bestreitende Verwalter in derselben Gemeinde wohnen, muß A doch beim Amtsrichter und nicht beim Gemeindegericht die Feststellung betreiben.

II. Es ist zu bemerken, daß der Absatz 6 sich gleichfalls auf die in Absatz 5 bezeichneten Forderungskategorieen bezieht. Wenn daher z. B. eine Verwaltungsbehörde oder eine Finanzstelle landesgesetzlich die Befugniß besitzt, ihren Anspruch sofort vollstreckbar zu machen, so muß nicht sie ihre Liquidation im Wege der Feststellungsklage verfolgen, sondern der bestreitende Verwalter oder Mitgläubiger muß seinen Widerspruch auf dem vorgeschriebenen Wege zur Entscheidung bringen[35]). Gesetzt, das Rentamt liquidirt im Konkurse des Oekonomen A einen Grundsteuerrückstand von 56 Mk. und der Verwalter bestreitet diesen Anspruch (etwa weil die Steueranlage zu hoch sei), so muß der letztere den vorschriftsmäßigen Beschwerdeweg betreten. Anders, wenn er behauptet, die Forderung sei verjährt, in diesem Falle hat er die Gerichte anzugehen.

o. (zu verfolgen).

Die in diesem Absatze des Gesetzes bezeichneten Forderungen unterliegen ungeachtet ihrer bereits in den bezüglichen Vorprozessen erfolgten Feststellungen gleichwohl noch dem allgemeinen Prüfungs- und Anfechtungsrechte der Konkursgläubiger und des Verwalters, weil man nicht wissen kann, ob nicht nach den Vorprozessen und bis zu dem Tage des allgemeinen Prüfungstermines noch solche Einwendungen und Anfechtungsgründe entstanden sind, welche gemäß der Vorschriften der Civilprozeßordnung gegen dergleichen Forderungen auch nach den in den Vorprozessen erfolgten Feststellungen noch zulässig sind, und weil durch die Konkurseröffnung diese Vorprozesse unterbrochen wurden. Es müssen daher auch diese Forderungen, wie alle anderen, im Konkurs angemeldet und geprüft werden, und auch sie werden durch den Widerspruch des Verwalters oder eines Gläubigers zu streitigen. Es versteht sich aber von selbst, daß zum Zwecke der Feststellung dieser Forderungen im Konkursverfahren die betreffenden Liquidanten nicht verpflichtet sind, die Feststellungen in diesem Verfahren gegen die Widersprechenden zu betreiben, sondern daß es den Letzteren obliegt, ihren Widerspruch gegen jene zu verfolgen, weil

34) Und zwar deshalb, weil der §. 14 Ziff. 3 gegen die gemeindegerichtlichen Entscheidungen stets die Provokation auf den ordentlichen Rechtsweg zuläßt.

35) Vgl. K. Prt. S. 93.

auch in den Spezial- bezw. Vorprozessen, wenn ein Streittheil ein obsiegliches Urtheil oder einen sonstigen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte, die hiergegen etwa noch zulässigen Einwendungen und Anfechtungen nicht von dem Sieger, sondern von dem Besiegten betrieben werden müssen [36]). Aus diesen Grundsätzen folgt auch, daß zur Verhandlung und Entscheidung der hier in Frage stehenden Widerspruchs- und Anfechtungsklagen nicht der im zweiten Absatze des §. 134 bezeichnete Gerichtsstand Platz greift, sondern derjenige, welcher sonst gegen den Liquidanten begründet ist, sei es der allgemeine oder ein besonderer.

p. (Berichtigung der Tabelle).

Der Zweck dieser Bestimmung ist, inhaltlich der Motive, die Verantwortlichkeit des Verwalters bezüglich der Geldvertheilungen zu vermindern, damit bei diesen kein Gläubiger zu viel und keiner zu wenig bekommt. Bei solchen Vertheilungen kann für den Verwalter nur die Tabelle maßgebend sein, und es kann demselben nicht zugemuthet werden, sich um den Ausgang derjenigen Spezialprozesse zu kümmern, welche nicht gegen ihn als Verwalter bezw. als Vertreter der Masse, sondern nur gegen diejenigen einzelnen Gläubiger geführt wurden, von welchen die bezüglichen Forderungen bestritten worden waren. Es liegt auch nur im eigenen Interesse der Letzteren, daß die Tabelle durch Eintragung der ihnen günstigen Entscheidungen berichtigt werde, weil sonst ihre Forderungen, gemäß des Schlußsatzes des §. 140, bei der Vertheilung nicht berücksichtigt würden. Selbstverständlich hat der betreffende Gläubiger mit seinem Antrag an das Gericht auf Berichtigung der Tabelle die zur Begründung desselben dienenden Urkunden in Vorlage zu bringen.

---

§. 135.

Wirkung des Feststellungsprozesses.

Soweit durch ein Urtheil [a]) rechtskräftig [b]) eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist [c]), wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern [d]). War der Prozeß nur gegen einzelne Gläubiger geführt, so können diese den Ersatz ihrer Prozeßkosten aus der Konkursmasse insoweit

---

36) Bei den Berathungen wurde die betreffende Bestimmung angefochten, jedoch nicht geändert. K. Prt. S. 93.

verlangen [e]), als der letzteren durch das Urtheil ein Vortheil erwachsen ist.

I. E. §. 146; II. E. §. 135; Pr. H. E. Art. 832 ff.; Pr. KO. §. 237; B. Pr. O. —.

a. (durch ein Urtheil).

Dieser Satz sollte eigentlich beginnen: „Auch soweit durch ein Urtheil." Denn wenn die Forderung nicht durch ein Urtheil, sondern schon gleich im Prüfungstermine durch Anerkennung (Unterlassung des Widerspruchs) oder später durch Vergleich, Verzicht auf den Widerspruch oder Zurücknahme desselben u. s. w. festgestellt wurde, gilt das Gleiche.

Selbstverständlich ist übrigens nur ein „Urtheil" in einem Prozesse nach §. 134, nicht in einem Prozesse nach §. 132 Abs. 2 gemeint.

b. (rechtskräftig).

Dieser Ausdruck ist gerechtfertigt, weil in dem Feststellungsprozesse nicht die sofortige Beschwerde des Konkursverfahrens (§. 66 Abs. 3), sondern die gewöhnlichen prozessualen Rechtsmittel zulässig sind.

c. (eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch begründet erklärt ist).

Das Urtheil wirkt demnach positiv und wirkt negativ [1]) bezüglich der Mitgläubiger; ein für den Gläubiger, dessen Forderung widersprochen wurde, günstiges Urtheil wirkt zum Nachtheil aller übrigen Gläubiger und umgekehrt ein dem widersprochenen Gläubiger nachtheiliges Urtheil wirkt zu Gunsten aller übrigen Gläubiger [2]).

Indessen ist hier der Wortlaut des Gesetzes zu beachten. Nur wenn das Urtheil die Forderung wirklich feststellt, ist §. 136 maßgebend. Dies wird der Fall sein, wenn der Widerspruch nur vom Verwalter ausgeht, oder nur ein Gläubiger wiedersprochen hat und dieser Widerspruch als unbegründet erklärt ist. Haben mehrere Gläubiger widersprochen, so kann nur dann auf „Feststellung" angetragen werden, wenn alle Widersprechenden gemeinsam beklagt sind [3]); wird dagegen gegen einzelne geklagt, so kann in diesem Prozesse nicht zugleich ein gegen die übrigen wirksames Urtheil, also keine „Feststellung" erwirkt werden,

---

1) Obwohl das Urtheil selbst immer negativ ist, vgl. die folgende lit. d I.

2) Wie das Urtheil dem Gemeinschuldner gegenüber wirkt, siehe §. 152 Abs. 2.

3) Mit Recht führt Fitting §. 12 Anmerk. 17 dies als Argument dafür an, daß (wie oben S. 460 Note 15 bemerkt), der Rechtsstreit stets gegen alle Widersprechenden gemeinsam zu führen und eine nicht so gestellte Klage stets einstweilig abzuweisen sei.

vielmehr müssen (wie schon oben erörtert) die Prozesse gegen alle Widersprechenden obsieglich entschieden sein, bevor die Anmeldung zum Konkurse berechtigt erscheinen kann [4]).

d. (gegenüber allen Konkursgläubigern) [5]).

I. Das Resultat des Feststellungsprozesses ist — abweichend von demjenigen über eine gewöhnliche Forderungsklage — niemals ein positiv verurtheilendes, sondern immer nur ein negativ abweisendes; entweder der Widerspruch gegen den Anspruch wird beseitigt oder der Anspruch selbst wird beseitigt. Im Falle Obsiegens hat der Sieger nicht von dem Besiegten, sondern stets nur von der Masse Etwas zu fordern und im Falle des Unterliegens hat der Besiegte dem Sieger Nichts zu leisten [6]).

Mußte der widersprochene Gläubiger klagen (§. 134 Abs. 2) oder wurde er von dem Widersprechenden beklagt (§. 134 Abs. 6), — keinenfalls kann der oder die Gegner desselben, auch wenn sie den Prozeß gewinnen, etwa an die Stelle des zurückgewiesenen Gläubigers eintreten; vielmehr steht ja gerade durch die Abweisung der Feststellung oder durch die Bestätigung des Widerspruches fest, daß der Gläubiger selbst nichts zu fordern hatte. Hieraus folgt, daß, wenn bei den Vertheilungen, welche während des Laufes des Feststellungsprozesses vorgenommen wur-

---

4) v. Wilmowski S. 414 bemerkt, daß das Urtheil nur dann auf Feststellung lauten könne, wenn beim Vorhandensein mehrerer Widersprüche über den zuletzt noch streitig gebliebenen zu erkennen ist, und daß, falls dennoch ein solches Urtheil ergangen sein sollte, obwohl aus der Tabelle ersichtlich ist, es seien noch andere Widersprüche unbeseitigt, dasselbe nur dahin ausgelegt werden dürfe, als solle die Feststellung durch den Widerspruch der Urtheilspartei nicht gehindert werden. In ähnlicher Weise suchen auch Hullmann S. 279, v. Sarwey S. 576 und Stieglitz S. 540 über die Schwierigkeit hinwegzukommen.

Einen anderen Weg schlägt Schultze (Grundlagen S. 101 ff., 104 ff.) ein. Er unterscheidet zwischen der Klage gegen den widersprechenden Verwalter, welche lediglich Recht zwischen dem Anmeldenden und dem vom Verwalter vertretenen Gemeinschuldner schaffe (aber auch für oder gegen diesen nur rücksichtlich seines zur Masse gehörigen Vermögens), und dem Falle, daß zwar mehrere Gläubiger widersprochen, aber die Feststellungsklage nur gegen den einen derselben erhoben ist. In diesem Falle bewirke das Resultat des Prozesses Rechtskraft gegen und für alle übrigen Gläubiger, einerlei, ob sie sich an dem Prozesse betheiligt haben oder nicht.

5) Die gegenwärtige Fassung erhielt der Paragraph erst in der zweiten Lesung, vgl. oben S. 357 u. 345.

6) Immer abstrahirt von den Kosten

den, gemäß §§. 140 und 157 Ziff. 1 ein entsprechender Betrag für die streitige Forderung zurückbehalten wurde, derselbe nunmehr in die allgemeine Masse zurückfällt (Motive).

II. Das Gesetz sagt ganz allgemein: „gegenüber allen Konkursgläubigern" und unterscheidet demnach nicht, ob der Gläubiger, welchem das Feststellungsurtheil präjudiziren soll, im Prüfungstermine bereits angemeldet hatte oder nicht [7]). Auch derjenige Gläubiger, welcher mit seiner Anmeldung zu einer Zeit auftreten würde, in welcher das Urtheil im Feststellungsprozesse bereits ergangen ist, kann nicht nachträglich das Resultat anfechten. Denn alle in §. 543 der Civ.-Pr.-O. für die Restitutionsklagen aufgeführten Voraussetzungen greifen bei einem derartigen verspäteten Gläubiger um deswillen nicht Platz, weil er von vorneherein nicht als Partei in dem Rechtsstreite aufgetreten war, sondern das, was rechtskräftig gegen Andere feststeht, in Folge eines gesetzlichen Präjudizes gegen sich gelten lassen muß [8]).

Diejenigen Gläubiger, welche sich im Prüfungstermin angemeldet, aber die Forderung des Mitgläubigers, welche vom Verwalter oder anderen Mitgläubigern widersprochen wurde, ihrerseits nicht widersprochen haben, müssen natürlich das Urtheil gegen sich gelten lassen; sie können schon deswegen nicht nachträglich [9]) für sich einen neuen Rechtsstreit beginnen, weil sie ja nicht einmal nachträglich widersprechen können (vergl. oben S. 384). Andererseits nützt ihnen aber der prozessualisch als gerechtfertigt erklärte Widerspruch ebenso, wie denjenigen, welche prozessirt haben. Der nicht festgestellte Gläubiger wird eben nicht bei der Vertheilung berücksichtigt, also ist ihr Antheil dadurch vergrößert.

c. (insoweit verlangen).

Hinsichtlich der Kosten ist zu unterscheiden:

A. der widersprochene Gläubiger hat gesiegt; hier trifft die Pflicht zum Kostenersatz die Gegner. Waren dies Mitgläubiger, so

---

7) Daß Gläubiger, welche zur Zeit des Prüfungstermines bereits angemeldet hatten, aber in diesem Termine nicht erschienen sind, das Urtheil gegen sich gelten lassen müssen, folgt schon aus dem §. 89 der KO.

8) Es würde in der Praxis natürlich zu den größten Inconvenienzen führen, wenn der Verspätete das Gesammtresultat der bisherigen Feststellungen und die darauf gebauten Vertheilungen wieder umstoßen könnte.

9) Eine andere Frage ist: ob sie sich an dem Prozesse der Widerspruchserhebenden betheiligen können. Ich glaube nicht; das Stillschweigen im Prüfungstermine muß als Anerkennung gedeutet werden, und es findet der Satz Anwendung: „**ad semel renuntiata non datur regressus.**"

müssen sie diese Kosten ex propriis zahlen. War aber der Verwalter der Gegner des Liquidanten, so kann nicht der Verwalter für die Kosten haftbar sein, denn er führte ja den Prozeß nicht für sich und im eigenen Namen, sondern als Vertreter der Masse und für diese. Es sind also die Kosten des verlorenen Prozesses aus der Masse zu zahlen und sie erscheinen nach §. 52 Ziff. 1 der KO. als Massekosten.

B. der Kläger im Feststellungsprozesse ist unterlegen; hier treffen ihn die Kosten. Wenn er aber zahlungsunfähig ist? In diesem Falle ist wieder zu unterscheiden:

α. die siegenden Gläubiger haben den Prozeß allein, ohne Verwalter, geführt oder

β. der Verwalter hatte gleichfalls die Forderung widersprochen und war daher als hauptsächlichster Prozeßgegner dem Liquidanten gegenüber gestanden.

Im ersten Falle hat die Masse nur durch die Thätigkeit der prozessirenden Gläubiger den ihr schließlich zugegangenen Vortheil erlangt; sie muß daher die gleichsam als ihre Geschäftsführer aufgetretenen Gläubiger für ihre Auslagen entschädigen und sie trägt daher — vorbehaltlich ihres Rückgriffes auf den unterlegenen Kläger — die Kosten.

Im andern Falle dagegen, wenn an der Bestreitung der bezüglichen Forderung auch der Verwalter Theil genommen hatte, so fällt die Annahme einer nützlichen Verwendung und damit auch der Grund zu einem Anspruche der als Streitgenossen aufgetretenen einzelnen Gläubiger auf Erstattung ihrer Prozeßkosten aus der Masse natürlich hinweg, weil alsdann, auch wenn die letzteren den Prozeß nicht geführt hätten, doch die Masse (in Folge des vom Verwalter erlangten obsieglichen Urtheils) ebenso bereichert worden wäre. In diesem Falle trägt die Masse also nur den auf die Prozeßführung des Verwalters fallenden Kostenantheil.

Das Gesetz spricht sich nun nicht näher darüber aus, wie das Verhältniß zu berechnen ist, in welchem die betreffenden Gläubiger den Ersatz ihrer Prozeßkosten erlangen können, insbesondere ist nicht ausgesprochen, ob zu diesem Zwecke der ganze Betrag verwendet werden darf, um welchen die Konkursmasse durch den Ausfall des betreffenden Gläubigers vermehrt wurde, oder nur ein solcher Betrag, welcher sich durch die Proportionsrechnung zwischen dem ganzen angewachsenen Vortheil und zwischen dem Betrage der Prozeßkosten ergibt. Die Motive sprechen sich für das erstere aus, weil der Grund für die Gesetzesvorschrift in dem allge-

meinen Rechtsgrundsatze liegt, daß Niemand sich auf Kosten eines Andern bereichern darf. Dieses gilt aber selbstverständlich nur insoweit, als die Prozeßkosten den der Masse angefallenen Vortheil nicht übersteigen.

---

§. 136.

Werthgegenstand eines Feststellungsprozesses.

Der Werth des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung [a]) ist mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse [b]) von dem Prozeßgerichte nach freiem Ermessen [c]) festzusetzen [d]).

I. E. §. 147; II. E. §. 136; Pr. H. E. — Pr. KO. — B. Pr. O. —

a. (über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung).

Nur auf die nach §. 134 der KO. von dem Gläubiger, dessen Anmeldung streitig geblieben ist, gegen den Verwalter oder Mitgläubiger geführten Feststellungsprozesse, nicht auf Prozesse gegen den Gemeinschuldner nach §. 132 Abs. 2 bezieht sich obiger Paragraph. Für diese bleibt es bei der allgemeinen Regel in Betreff dessen, was als Streitobjekt anzusehen ist.

b. (mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse).

An und für sich bildet auch in dem in Folge des Widerspruchs gegen eine angemeldete Forderung sich abspinnenden Spezialprozesse das Objekt dieser Forderung den Streitgegenstand, und strenge genommen müßte also auch der Werth dieses Objektes als Werth des Streitgegenstandes angesehen werden [1]). Die Konkursordnung aber zieht in Erwägung, daß diese Spezialprozesse vor Allem darüber zu entscheiden haben, ob der Gläubiger bei der Vertheilung der Masse berücksichtigt werden soll, und was er aus der Masse zu bekommen hat. Sonach ist eigentlich nur die Dividende Streitgegenstand und nach ihr muß auch die Schätzung geschehen. Z. B.

---

1) Dieser Grundsatz galt bisher in fast allen Gesetzen; die Bayer. Prozeß-Ordg. v. 1869 hatte sogar die sämmtlichen Feststellungen in Art. 1269 als bezirksgerichtliche Prozesse erklärt, also gleichsam den Werth erhöht.

A hat im Konkurse des X eine Wechselforderung von 1000 Mark angemeldet; sie wird widersprochen, er klagt auf Feststellung. Scheinbar geht hiebei allerdings der Prozeß über 1000 Mark; allein wenn die Masse 50,000 Mark beträgt und außer dem A sind noch 40 andere Gläubiger mit zusammen 99,000 Mk. Forderungen vorhanden, so bekommt A im besten Falle nicht mehr als 500 Mark und sein Prozeß ist also auch nicht 1000, sondern 500 Mark werth. Setzen wir nun einen anderen Fall: die Masse beträgt 10,000 Mk., angemeldet sind: Forderungen Seitens der Dienstboten des Kridars 1000 Mk., rückständige Steuern 1000 Mk., Feuerversicherungsprämie 500 Mk., Deservíten und ein Muttergut der zwei Kinder des Gemeinschuldners mit je 4000 Mk.; dann noch Currentforderungen zu 10,000 Mk. Der Gläubiger A meldet 1000 Mk. an, behauptend, er habe dem Gemeinschuldner als Buchhalter gedient und dies sei ihm als Salair bedungen gewesen, während der Vertreter der beiden Kinder angibt, A sei der Pflegbefohlene des Kridars gewesen und die 1000 Mark schulde dieser dem A aus der Pflegschaft. Was ist hier der Streitgegenstand? Hat A Recht, so kommt er in erster Klasse mit seinen vollen 1000 Mk. zum Zuge; siegt der Vertreter der Kinder, so partizipirt A in der fünften Klasse; da nun von der Masse zu 10,000 Mk. die Gläubiger der ersten, zweiten, dritten und vierten Klasse mit zusammen 3000 Mk. vorweg gehen, so bleibt für die fünfte Klasse (zusammen 9000 Mk.) nur 7000 Mk., das heißt A bekommt in diesem Falle nur $^7/_9$ seiner Forderung, nämlich: $777^7/_9$ Mk. und es bildet also den Werth des Streitgegenstandes die Differenz zwischen dem vollen Betrage (den er durch Inanspruchnahme des Vorrechtes erster Klasse prätendirt) und der Dividende (die er erhält, wenn er in die fünfte Klasse gesetzt wird), demnach $332^2/_9$ Mk. Man sieht aus diesen Beispielen, welche Gesichtspunkte bei der Berechnung maßgebend sind.

c. (nach freiem Ermessen).

Es ist dieser Ausdruck nicht so zu verstehen, als ob der Richter ausnahmsweise in diesem Falle ganz ungebunden den Werth festzusetzen hätte. Wenn wir den §. 4 der Civ.-Pr.-O. in das Auge fassen, so sehen wir, daß überhaupt der Richter den Werth des Streitgegenstandes „nach freiem Ermessen" festzusetzen hat; die Konkursordnung bestimmt also in dieser Richtung nichts Besonderes [2]) und ebendeshalb muß angenommen werden, daß alle Direktiven und Limitationen, welche in der Civilprozeß-

2) Das Besondere ist nur, daß nicht das Objekt der Forderung, sondern nur die auf die Forderung im Konkurs fallende Dividende maßgebend ist.

ordnung für das „Festsetzen nach freiem Ermessen" im Allgemeinen gegeben sind, auch für das „Festsetzen nach freiem Ermessen" nach §. 136 der KO. Anwendung zu finden haben. Es hat daher (§. 3 der Civ.=Pr.=O.) der Richter die Befugniß [3]), ein Gutachten Sachverständiger [4]) einzuholen; die Vorschriften der §§. 4 und 5 der Civ.=Pr.=O. werden analog anzuwenden sein und bei Kapitalisirung wiederkehrender Bezüge wird man nach §. 9 der Civ.=Pr.=O. (unter Umständen wohl auch nach §. 8) zu verfahren haben.

d. (festzusetzen).

I. Diese Festsetzung [5]) hat vor Allem die wichtige Folge, daß sich die Zuständigkeit danach bemißt. Der Gläubiger [6]), welcher eine Forderung von 1000 Mark angemeldet hat, wird sich zu fragen haben, wieviel ohngefähr im Konkurse liege, welche Dividende zu erwarten stehe. An das ihm hiernach [7]) kompetent erscheinende Gericht wird er sich zu wenden und in der Klage auch eine Angabe über die vermuthliche Dividende zu machen haben. Das angegangene Gericht wird dann seine Zuständigkeit prüfen müssen. Findet nun z. B. das Amtsgericht [8]), daß mehr als 30 Prozent zu erwarten seien [9]), so muß es sich für unzuständig erklären; andernfalls hat es den Feststellungsprozeß über die 1000 Mark zu entscheiden [10]).

---

3) Von einer „Beweisaufnahme" wird wohl keine Rede sein können; die Aufnahme eines Augenscheins läßt sich denken (um die Höhe der Masse, in welcher Häuser, Fabriken u. s. w. sind, richtig bemessen zu können), wird aber auch nicht leicht vorkommen.

4) Der beste Sachverständige wird über die voraussichtliche Dividende immer der Verwalter selbst sein.

5) Es läßt sich nicht läugnen, daß hier das Gesetz ein hysteron proteron ausspricht; das Prozeßgericht hat den Werth des Streitgegenstandes festzusetzen, dies kann es doch nicht, bevor es angegangen ist; um aber das richtige Gericht anzugehen, müßte der Kläger schon eine Festsetzung haben; diese Festsetzung soll das Prozeßgericht geben, folglich muß schon ein Gericht angegangen sein und so weiter. Indessen das Leben hilft sich, wie im Texte zu entwickeln versucht wird.

6) Aeußerung des Reg.=Raths Hagens in der 13. Sitzung (K. Prt. S. 95).

7) Also nicht an dasjenige Gericht, welches an und für sich bei einer Forderungsklage auf 1000 Mark zuständig wäre.

8) An welches sich der Gläubiger gewendet, weil er die Masse nur auf 8000 Mark schätzt, während der Gesammtbetrag der angemeldeten Forderungen sich auf 30,000 Mk. beläuft, so daß er sich für seine 1000 Mark nur $266^2/_3$ Mark erwerben kann.

9) Entweder weil es die Massebestandtheile für werthvoller ansieht oder weil das ihm vorliegende Inventar weniger Gläubiger aufweist.

10) Obwohl sonst nach §. 58 Ziff. 1 des GVG. die Amtsgerichte nur für

Eine weitere Wirkung der Festsetzung ist, daß sich nach derselben auch die Zulässigkeit der Rechtsmittel bemißt. Hat also z. B. der Gläubiger eine Forderung von 10,000 Mark angemeldet, die Dividende beträgt aber voraussichtlich nur 10% und der im Feststellungsprozesse angegangene Richter hat demgemäß den Werth des Streitgegenstandes nur auf 1000 Mark festgesetzt, so ist eine Revision [11]) unzulässig.

II. Nicht maßgebend dagegen ist die Festsetzung für die Vertheilung im Konkurse selbst. Dies ergibt sich aus der Vergleichung der §§. 134 Abs. 7 und 139 der KO.; denn nach dem letzteren Paragraphen erfolgt die Vertheilung nach der Tabelle und in der Tabelle wird nicht der Werth des Feststellungsprozesses, sondern die gesammte festgestellte Forderung eingetragen.

Wie nun aber, wenn sich der Werth nachträglich als irrig festgesetzt herausstellt? Setzen wir den Fall, in dem soeben zuletzt angeführten Beispiele hat das Landgericht und auf ergriffene Berufung das Oberlandesgericht den Gläubiger aus der Gant gewiesen! Revision konnte er nicht einlegen. Später zeigt sich, daß in Folge eines sehr günstigen Verkaufes eines Massaobjektes nicht 10% (wie man annahm) sondern 25% auf die Anmeldungen vertheilt werden konnten und daß also der Werth des Streitgegenstandes im Feststellungsprozesse in Wahrheit nicht 1000 Mark, sondern mehr als 2000 Mark gewesen ist. Kann nun der Gläubiger kommen und sagen: „Hienach hätte ich das Rechtsmittel der Revision gehabt, ich würde beim Revisionsgericht sicher nicht aus der Gant gewiesen, sondern zugelassen, ich verlange Restitution." Ich glaube nicht; der Inhalt des §. 135 der KO. schließt eine solche Argumentation aus; Rechtskraft liegt einmal vor und gegen eine rechtskräftige Entscheidung gibt es wegen Irrthums auf Seite des Gerichts keine Wiederaufnahme des Verfahrens [12]).

Ebenfalls nicht maßgebend ist die Festsetzung auch für die Wirkung der Feststellung gegenüber dem Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses, worüber die Erörterung unten zu §. 152 zu vergleichen ist.

Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche zuständig sind, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mk nicht übersteigt.

11) Weil diese nach §. 508 der Civ.-Pr.-O. durch einen den Betrag von 1500 Mk. übersteigenden Werth bedingt ist.

12) Als eine „andere Urkunde" im Sinne des §. 543 Ziff. 7b der Civ.-Pr.-O. kann der Vertheilungsplan doch wohl nicht angesehen werden.

III. Es ergibt sich nun schließlich noch die Frage: wie ist es zu halten, wenn die Feststellung in Gemäßheit des §. 134 Ziff. 3 durch Aufnahme des zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens bereits anhängigen Rechtsstreites verfolgt wird und in diesem der Streitgegenstand sich auf eine die Zuständigkeit der Amtsgerichte überschreitende Summe beläuft [13]), während nach dem Verhältnisse der Theilungs- zur Schuldenmasse auf die betreffende Forderung offenbar eine geringere als die die landgerichtliche Kompetenz begründende Summe entfallen wird? Muß sich das Landgericht (beziehungsweise wenn der Prozeß in der Appellinstanz schwebt, das Oberlandesgericht) nun für incompetent erklären? Gewiß nicht. Die uralte Rechtsregel: „ubi lis coepta ibi debet finiri" ist auch in der neuen Civilprozeßordnung [14]) mit den Worten §. 235 Ziff. 2 enthalten: „die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes wird durch die Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt."

---

13) Der umgekehrte Fall ist natürlich nicht denkbar, weil der Gläubiger in Folge des Konkurses nur weniger, nicht mehr bekommen kann.

14) Die nach §. 65 der KO. hier entsprechende Anwendung findet.

Fünfter Titel.

Vertheilung.

Als das regelmäßige Ziel des Konkursverfahrens stellt sich naturgemäß die Vertheilung des vorhandenen Vermögens unter die Gläubiger dar, und zwar nach Verhältniß der Höhe und der Beschaffenheit der einzelnen Forderungen. Sie bildet den Schlußstein der ganzen Prozedur und den Inhalt des fünften Titels. Die Tendenz, welche die Gesetzgebung bei Feststellung der Grundsätze dieses Titels verfolgte, muß auch die Doktrin bei Auslegung des Gesetzes und die Praxis bei Anwendung der einzelnen Bestimmungen stets vor Augen haben; diese Tendenz ist, „daß dahin gestrebt werden muß, den Gläubigern so bald wie möglich die vorhandene Masse zur Verfügung zu stellen, ihre Verluste durch eine rasche, einfache und wenig kostspielige Vertheilung einzuschränken und die Nachtheile einer Verwahrung und Verwaltung fremden Vermögens nicht über das unbedingt nothwendige Zeitmaß hinaus zu verlängern" (Motive).

Zwei Hauptpunkte unterscheiden die gegenwärtige Konkursordnung besonders vom bisherigen Verfahren, namentlich vom gemeinrechtlichen. In diesem war es Regel [1]), daß die für alle liquid erkannten Forderungen entfallende Dividende gleichzeitig und ungetheilt ausbezahlt wurde, und zwar erst nachdem alle Liquidations- und Prioritätsstreitigkeiten rechtskräftig entschieden waren, und ferner fand diese Auszahlung statt durch das Gericht auf Grund eines sogenannten Distributionsbescheides, welcher zwar mehr der Form als dem Wesen nach ein Urtheil war, aber immerhin mit Rechtsmitteln angefochten werden konnte, und bevor er in Wirksamkeit gesetzt werden durfte, in Rechtskraft erwachsen sein mußte [2]).

---

1) Fuchs, Deutscher Concursprozeß S. 129.

2) In den Motiven zum I. E. (Bd. II S. 104 ff.) ist entwickelt, wie sich allmählich die Partikulargesetzgebungen von diesen Fesseln emancipirten, wie sodann die Preußische Konkursordnung das richtige Princip annahm, aber

Beides ist hinweggefallen; die Vertheilung soll fortan stattfinden, so oft durch Verwerthung der Massaobjekte Beiträge disponibel werden, und sie erfolgt, indem der Verwalter nach einem auf Grund der Tabelle anzufertigenden Verzeichnisse den theilnahmsberechtigten Forderungen Dividenden anweist. Eine solche Prozentberechnung ist namentlich bei dem gegenwärtigen Dezimal-Münzsystem vollkommen einfach.

Wie die Motive (zum II. E. S. 371) ausführlich erörtern, soll vor der Vertheilung ein eigentlicher Vertheilungsplan[3]) nicht entworfen werden. Indessen wird, was die Schlußvertheilung betrifft, die genaue Darstellung der Masse, dessen, was bisher aus derselben bereits zur Berichtigung der Massakosten und Massaansprüche verwendet, was ferner aus ihr abschlagsweise zur Befriedigung von Konkursgläubigern verausgabt wurde, und wie sich nun der Rest auf die Theilnahmsberechtigten ausschlägt, nicht zu umgehen sein und in der „Schlußrechnung" nothwendigerweise aufgenommen werden müssen. Aber auch vor einer Abschlagsvertheilung wird es kaum ausreichen, ein Verzeichniß der Forderungen aufzustellen und aus ihrer Summe und dem Betrage der disponibeln Masse die Dividende zu ziehen; sondern der Verwalter wird nothwendigerweise schriftlich eine gewisse Abrechnung pflegen müssen; er wird aufzuführen haben, was bisher an Kosten bezahlt wurde, was für bevorstehende Auslagen zu reserviren ist, was etwa bevorrechtigte Gläubiger bereits erhalten haben und wie sich nach dieser Sachlage die Prozente für die an der Abschlagszahlung theilnehmenden Forderungen herausstellen. Will man dieses Operat nicht „Vertheilungsplan" nennen, so läßt sich hiegegen nichts einwenden; effektiv aber muß jeder Vertheilung ein Plan und zwar schriftlich calculirt vorausgehen. Nur muß der Verwalter, will er der Absicht des Gesetzes entsprechen, sich nicht in lange und weitläufige Berechnungen einlassen und nicht wegen Aufstellung seines Planes die Auszahlung verzögern. Das Nähere erhellt aus der Erläuterung der einzelnen Paragraphen.

---

noch nicht strikte durchzuführen vermochte und wie die Praxis sich helfen mußte, um die Schwierigkeiten des Gesetzes zu beseitigen. Interessant ist eine den Motiven zum II. E. (S. 371) beigegebene Notiz, wonach bei 460 (in 18 Jahren) bei dem Stadtgerichte Breslau verhandelten Konkursen ohngeachtet der Vorschrift der Pr. KO. (§. 239), daß nach Bestellung des definitiven Verwalters so oft möglich Vertheilungen stattfinden „können", doch in 316 Konkursen jede Zwischenvertheilung unterblieb; bei 122 fand je eine, bei 17 je zwei, bei 4 je drei und nur bei einer einzigen fanden 4 Vertheilungen statt.

3) Wie ihn die Pr. KO. §. 241 vorschrieb.

Der fünfte Titel gliedert sich folgendermaßen: §§. 137—142 (denen sich §. 145 anschließt) enthalten die für alle Vertheilungen maßgebenden allgemeinen Bestimmungen. Sodann unterscheidet das Gesetz: Abschlagsvertheilungen, die Schlußvertheilung und Nachtragsvertheilungen. Von den ersteren handeln die §§. 143—148; die Schlußvertheilung und was mit ihr zusammenhängt normiren die §§. 149—152; §. 153 endlich spricht von den Nachtragsvertheilungen. Hierauf folgen in den §§. 154—159 wieder allgemein für alle Vertheilungen maßgebende Vorschriften.

---

§. 137.

Zeitpunkt der Vertheilungen.

Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins [a]) soll [b]), so oft hinreichende baare Masse [c]) vorhanden ist, eine Vertheilung an die Konkursgläubiger [d]) erfolgen.

I. E. § 149; II. E. §. 137; Pr. H. E. Art. 890; Pr. KO. §. 239; B. Pr. O. Art. 1301.

§. 138.

Genehmigung der Vertheilung durch den Gläubigerausschuß.

Zur Vornahme einer Vertheilung [e]) hat der Verwalter, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist [f]), dessen Genehmigung einzuholen [g]).

I. E. §. 151 Abs. 1; II. E. §. 138; Pr. H. E. —; Pr. KO. — B. Pr. O. —

a. (Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines).

Durch die Bestimmung des §. 137 wird der in der Einleitung zu diesem Titel bereits erörterte Grundsatz möglichst rascher Vertheilung der Masse ausgesprochen; es wird dem bisherigen, allgemein beklagten Uebelstande abgeholfen, daß die Gläubiger mit dem Empfang einer jeden Zahlung abwarten mußten, bis der ganze Konkurs durchgeführt war. Jetzt ist nicht länger zuzuwarten nöthig, als bis die in §. 139 der KO. vorgeschriebene Erörterung der Forderungen stattgefunden hat und dadurch eine Vertheilungs-Basis gewonnen wurde. Welche Frist nach Abhaltung des Prüfungstermines verstrichen sein muß, bis überhaupt vertheilt werden kann, ist im Gesetze nicht bestimmt. Indessen muß der Verwalter Zeit haben,

das Verzeichniß (§. 139) zu fertigen und die Genehmigung des Ausschusses (§. 138) einzuholen, sodann müssen die in §§. 140, 145 und 146 festgesetzten Fristen abgelaufen und allenfalls erhobene Einwendungen rechtskräftig erledigt sein. Immerhin aber steht gesetzlich Nichts im Wege, daß der Verwalter sofort am Schlusse des Prüfungstermines — wenn Baarmasse vorhanden ist — eine Vertheilung ankündigt und unter Umständen [1]) auch sogleich vornimmt.

Nur der „allgemeine" Prüfungstermin muß abgehalten sein. Wenn also auch Anmeldungen vorliegen, welche aber in Folge Widerspruchs (§. 130) im allgemeinen Termine nicht geprüft werden konnten und für deren Prüfung daraufhin ein besonderer Termin festgesetzt wurde, so soll der Verwalter mit der Vertheilung der etwa disponibeln Mittel nicht bis nach Abhaltung dieses besonderen Termines zuwarten. Die verspäteten Gläubiger haben sich dies selbst zuzuschreiben, erleiden aber im Hinblicke auf §. 143 keinen unwiderbringlichen Nachtheil.

b. (soll).

Es heißt: „soll" und nicht blos: „kann". Durch dieses Wort wird angedeutet, daß, wenn eine hinreichende Baar-Masse vorhanden ist, es nicht mehr vom Ermessen des Verwalters abhängt, ob er eine Vertheilung vornehmen will oder nicht, daß es ebenso nicht im Belieben des Gläubigerausschusses liegt, ob er seine Genehmigung hiezu geben will oder nicht [2]), endlich daß das Gericht nicht interveniren kann, um die Vertheilung zu verhindern, außer im Falle das Gesetz [3]) dies gestattet. „Für die mit der Anordnung der Vertheilung betrauten Organe — bemerken die Motive — wird in §. 137 eine Verpflichtung begründet, durch deren Nichtachtung sie sich verantwortlich machen würden."

Unterläßt es der Verwalter trotzdem, seiner Pflicht nachzukommen, so kann ihn vor Allem das Gericht in Anwendung des §. 75 kraft des ihm zustehenden allgemeinen Aufsichtsrechtes zur Vornahme von Vertheilungen auffordern und nöthigenfalls nach §. 76 mit Ordnungsstrafen dazu anhalten. Aber auch der Gläubigerausschuß und eventuell jeder einzelne Gläubiger kann auf Vertheilung dringen und die richterliche Intervention

---

1) Dies wird natürlich nur ausnahmsweise möglich und rathsam erscheinen; es dürfen keine streitigen Forderungen und keine ausfallenden Absonderungsberechtigten u. s. w. vorhanden sein und überhaupt müßte volles Einverständniß unter den Gläubigern obwalten.

2) Er kann die Genehmigung nur aus erheblichen Gründen versagen, vgl. unten zu §. 138.

3) Vgl. zu §. 148.

anrufen[4]). Indessen darf nicht vergessen werden, daß in der Regel nur der Verwalter die Sachlage vollkommen übersieht, und daß er die Verantwortung gegenüber den Massagläubigern und Separatisten trägt, deren Interessen durch eine vorzeitige Vertheilung wesentlich beeinträchtigt werden könnten. Hieraus folgt, daß auch ein Beschluß der Gläubigerversammlung[5]) die Vertheilung nicht absolut erzwingen kann. Stimmt freilich in solchem Falle das Gericht — und auf erhobene Beschwerde auch das Obergericht — zu, so bleibt dem Verwalter, wenn er die Verantwortung nicht tragen will, nur übrig, seine Stelle niederzulegen.

Wir haben bisher den Fall behandelt, daß der Verwalter nicht vertheilen will, die übrigen in Frage kommenden Organe aber eine Vertheilung wollen. Wie ist es im umgekehrten Falle? Das Gericht vor Allem kann, wie bereits bemerkt, nur in dem einen Falle des §. 148 eine Vertheilung aufhalten, der Gläubigerausschuß dagegen ist in der Lage (vorbehaltlich der Verantwortlichkeit bei grundlosem Vorgehen), die vom Verwalter gewollte Vertheilung zu verhindern[6]); aber hiegegen kann dieser bei einer Gläubigerversammlung sich beschweren; gibt dieselbe dem Ausschusse Recht, so muß die Vertheilung unterbleiben. Beschließt sie aber eine solche, so findet sie statt[7]); insbesondere kann das Gericht in diesem Falle nicht von der Befugniß des §. 91 Gebrauch machen, da die Vorschrift, welche dieses allgemeine Untersagungsrecht gewährt, durch die spezielle Vorschrift des §. 148 eingeschränkt ist[8]).

---

4) Vgl. K. Prt. S. 100.

5) Wenn z. B. eine solche von fünf empfangslustigen Gläubigern nach §. 85 veranlaßt würde.

6) Als Anlaß zu einer solchen Verweigerung wird von den Protokollen (S. 100) der Fall angeführt, daß auf Erzielung eines Akkordes hingearbeitet wird, dessen Zustandekommen durch Vornahme einer Vertheilung in Frage gestellt sein könnte.

7) Fitting §. 39 Note 7 ist der Ansicht, „bei Verweigerung der Genehmigung Seitens des Ausschusses müsse die Vertheilung unterbleiben und man könne dem Verwalter eine Berufung auf die Entscheidung durch die Gläubigerversammlung nicht gestatten, da der letzteren von der KO. auf die Vornahme der Vertheilungen kein Einfluß gegeben sei.“ Allein die Gläubigerversammlung hat hinsichtlich des Konkursanspruches alle Befugnisse, die ihr durch das Gesetz nicht ausdrücklich entzogen sind.

8) Anderer Ansicht Stieglitz S. 555, v. Wilmowski S. 419. Letzterer macht übrigens mit Recht aufmerksam, daß es bei einer Differenz zwischen dem Verwalter und dem Ausschusse hinsichtlich der Vornahme einer Abschlags-Vertheilung für die Generalversammlung, falls sie dem Verwalter

c. (hinreichende baare Masse).

Wie viel baare Masse [9]) vorhanden sein muß, um eine Vertheilung als geboten erscheinen zu lassen, darüber läßt sich selbstverständlich keine allgemeine Regel aufstellen [10]), indem dieser Punkt von den jedesmaligen Umständen abhängt.

Unser Gesetzestext enthält durch den Ausdruck „hinreichende baare Masse“ die Andeutung, daß bei der Frage, ob eine Vertheilung vorzunehmen sei, hauptsächlich das Interesse der Gläubiger maßgebend ist, und in diesem liegt es, daß man einerseits nicht zu große Massebestände sich anhäufen läßt, andererseits aber auch nicht so kleine Bestände vertheilt, daß die hierdurch entstehenden Weitläufigkeiten, Versäumnisse und Kosten außer Verhältniß stehen würden mit den geringen Beträgen, welche auf die Einzelnen treffen.

d. (an die Konkursgläubiger).

I. An sich haben auch die bevorrechtigten Konkursgläubiger keinen Vorzug; sie müssen hinsichtlich der Zeit der Vertheilungen auf das Vorhandensein baarer Mittel ebenso warten, wie alle übrigen. Ausnahmsweise nur können sie eine Extrazahlung erhalten, worüber §. 157 zu vergleichen ist.

II. Der Gesetzestext besagt nichts darüber, ob die absonderungsberechtigten Gläubiger das Recht haben, zu verlangen, daß sie früher als die anderen Gläubiger Zahlungen erhalten. Es ist nun in dieser Hinsicht zu unterscheiden. Soweit sie Befriedigung aus den Objekten

---

zustimmt, praktisch zweckmäßiger erscheint, durch Wahl von zustimmenden Ausschußmitgliedern ihren Willen durchzusetzen. Hiegegen hat das Gericht jedenfalls kein Veto.

9) Unter baarer Masse ist natürlich nicht blos Geld, sondern auch sofort realisirbare Werthrepräsentanten zu verstehen, z. B. wird der Verwalter Coupons, die bis zur Vertheilung fällig werden, in Berechnung ziehen können, ebenso einen Wechsel, der sicher eingeht u. dgl.

10) Die in einigen Konkursordnungen enthaltenen Bestimmungen, wonach in dieser Hinsicht gewisse Prozente festgesetzt werden, z. B. in Dänemark 10 Prozent, haben sich nach den Motiven in der Praxis als unzweckmäßig erwiesen. Diese (die Praxis) ist überhaupt den Abschlagsvertheilungen nicht geneigt; es kommen solche nur ausnahmsweise vor. Der in München am meisten beschäftigte Konkursverwalter ist seit der Geltung der KO. nur ein Mal in der Lage gewesen, eine Zwischenvertheilung vorzunehmen. Das flüssig werdende Geld wird zur Wegzahlung der bevorrechtigten Gläubiger verwendet und bis die Haupt-Masse versilbert ist, hat auch der Konkurs gewöhnlich sein Ende.

selbst, an denen ihr Absonderungsrecht haftet, fordern, sind sie an keine Zeit gebunden; sie können ihre Rechte auf den nach §. 117 erzielten Erlös sofort geltend machen und müssen, soweit derselbe (nach Abzug der Kosten) reicht, auch alsbald bezahlt werden. Im Uebrigen (bezüglich des Ausfalles) [11]) aber ist nach §. 141 zu verfahren.

e. (zur Vornahme einer Vertheilung).

Diese Bestimmung bezieht sich also sowohl auf Abschlagsvertheilungen wie auf die Schlußvertheilung. Vgl. §. 149 lit. c I.

f. (wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist).

Im Falle ein solcher nicht bestellt oder gewählt ist, muß nicht etwa eine Gläubigerversammlung berufen werden, sondern der Verwalter kann selbständig vorgehen.

g. (dessen Genehmigung einzuholen).

Es ist bereits oben (lit. b) bemerkt, daß es nicht im Belieben des Gläubigerausschusses liegt, die Genehmigung zu verweigern [12]). Zwei Gründe allein können ihn vernünftigerweise dazu veranlassen; einmal wenn ein Akkord in Aussicht steht, dessen Vereitelung zu besorgen wäre, falls bereits ein Theil des Vermögens unwiederbringlich hinweggegeben ist, dann aber auch im Falle zu besorgen wäre, daß einzelne Gläubiger durch eine Vertheilung faktisch präkludirt würden [13]). Wie es bei einer Differenz zwischen dem Verwalter und dem Ausschusse in dieser Richtung zu halten sei, ist gleichfalls oben erörtert worden; indessen möchte ich hier bemerken, daß bei einigermaßen vernünftiger Auffassung der wechselseitigen Pflichten und des Interesse der Gesammtheit eine solche Differenz sich nicht wohl ergeben wird.

Wann der Verwalter die Genehmigung zu erholen habe, ob vor oder nach Abfassung des in §. 139 erwähnten Verzeichnisses, bestimmt das Gesetz nicht; ich glaube, es ist eine Verständigung im Allgemeinen leichter, wenn dem Ausschusse das Verzeichniß vorliegt, und möchte es bei größeren Massen sogar rathsam sein, dasselbe vorerst unter den Ausschußmitgliedern circuliren zu lassen. Beurkundet wird die Genehmigung [14])

---

11) Dieser Ausfall beläuft sich naturgemäß auf den Betrag der ganzen Forderung, wenn der Gläubiger auf sein Absonderungsrecht verzichtet.

12) Abg. Zimmermann wollte die Befugniß des Ausschusses überhaupt beseitigt wissen, vgl. K Prt. S. 100.

13) Z. B. wenn viele Gläubiger so entfernt wohnen, daß sie sich innerhalb der Fristen nicht wohl anmelden konnten, vgl. oben S. 355, oder wenn bereits viele nachträgliche Anmeldungen vorliegen, vgl. unten S. 433.

14) Diese Beurkundung dient nur zur Sicherheit des Verwalters; gültig ist

am einfachsten durch ein unter das Verzeichniß gesetztes und unterzeichnetes: „Einverstanden“ [15]).

---

§. 139.

Vertheilungsverzeichniß.

Vor der Vornahme einer Vertheilung [a]) hat der Verwalter ein Verzeichniß der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen [b]) auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen [c]) und die Summe der Forderungen [d]) sowie den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand [e]) öffentlich bekannt zu machen [f]).

I. E. §. 151 Abs. 2; II. E. §. 139; Pr. H. E. Art. 893 ff.; Pr. KO. §. 241 Abs. 1; B. Pr. O. Art. 1298.

a. (Vor der Vornahme einer Vertheilung).

Die in §. 139 gegebene Vorschrift ist eine allgemeine. Sowohl vor der Schlußvertheilung [1]) wie vor jeder Abschlags- oder Nachtrags-Vertheilung muß das entsprechende Verzeichniß vorliegen. Es ist aber nicht nothwendig, daß dasselbe auch immer neu angefertigt werde [2]); der Verwalter kann sich bei einer späteren Vertheilung auf Ergänzung und Richtigstellung des früher gebrauchten Verzeichnisses beschränken. Bei der Nachtragsvertheilung ist ohnehin immer das Schlußverzeichniß zu Grunde zu legen [3]).

b. (ein Verzeichniß der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen).

Grundlage des behufs der Vertheilung anzufertigenden Verzeichnisses ist die Tabelle (vergl. S. 366); die Forderungen sind nach der Reihen-

---

diese Genehmigung — da eine besondere Form nicht vorgeschrieben — auch wenn sie mündlich gegeben wird.

15) Stieglitz S. 555 Note a tritt meiner Auffassung vollkommen bei.

1) Daß bei einer solchen die Anfertigung aber erst nach Genehmigung der Vornahme durch das Gericht erfolgt, siehe §. 149 lit b.

2) Denn der obige Paragraph schreibt ja nur vor: „der Verwalter hat — niederzulegen“, nicht „anzufertigen“.

3) Vgl. §. 153.

folge dieser Tabelle[4]) (unter Beisetzung der dortigen Nummer) einzustellen und zugleich mit dem Kapital die Zinsen und Kosten (§. 55) zu berücksichtigen[5]). Es ist aber auch zulässig, vorerst die festgestellten Forderungen aufzuführen, sodann die streitigen, endlich diejenigen, welche sonst eines Nachweises bedürfen.

Nach der zuerst angeführten Art dürfte das Verzeichniß etwa folgendermaßen aussehen:

(Siehe die Tabelle auf Seite 428.)

Ist ein Anspruch zum Theil festgestellt, zum Theil bestritten, so ist der unstreitige Theil eigens aufzuführen[6]). Forderungen, welche überhaupt nicht zu berücksichtigen sind, werden übergangen[7]). Ebenso gehören bereits bezahlte bevorzugte Forderungen (§. 157) nicht mehr in das Verzeichniß[8]).

Ich halte diese Art der Anlegung des Verzeichnisses für praktischer[9]), als wenn man nur diejenigen Forderungen in das Verzeichniß aufnimmt, welche im Moment der Aufstellung selbst bereits feststehen[10]). Denn in diesem Falle muß, so oft innerhalb der in §. 140 bezeichneten Frist ein

---

4) Vorbehaltlich der Ausscheidung nach den Kategorien: festgestellt, streitig u. s. w.

5) Darüber, daß kein eigener Vertheilungsplan zu fertigen, vergl. die Einleitung zu diesem Titel.

6) Derselbe erhält dann die Tabellennummer mit dem Coëffizienten a, der andere tritt als b auf.

7) Die Preußische Instruktion von 1855 §. 47 verfügt, daß diese unter Angabe des Grundes ihrer Nichtberücksichtigung kurz „vermerkt" werden; ich sehe hiezu keinen Anlaß.

8) Auch diese will §. 48 der Preuß. Instruktion „unter Hinweisung auf die wegen Beücksichtigung derselben erlassenen Verfügung" aufgenommen wissen. Diese Vorschrift hängt mit dem in §. 243 der Pr. KO. angeordneten Erörterungstermine zusammen, welchen die gegenwärtige KO. nicht mehr kennt.

9) Denn wenn ein provisorisch aufgenommener Gläubiger den Nachweis nicht erbringt, welchen § 140 vorschreibt, so bleibt seine Dividende in den Händen des Verwalters bis zur nächsten Vertheilung zurück, wie diejenige eines mit vollstreckbarem Schuldtitel Versehenen, gegen den nachträglich Widerspruchsklage erhoben ist. Eine Umrechnung findet hier nicht statt, während dies nach der anderen Ansicht durch jeden Nachweis eines zuvor nicht aufgenommenen Gläubigers nothwendig würde.

10) Hiefür Fitting §. 40 I, v. Sarwey S. 702 N. 4, Stieglitz S. 556, v. Wilmowski S. 420. (Unentschieden lassen die Frage Hullmann u. Petersen.) Wenn v. Sarwey gegen mich bemerkt, es wäre hienach

1.	2.	3.	4.	5.		6.	7.	8.	
Laufende Nummer	Tabellen-nummer	Name, Stand und Wohnort des Gläubigers und seines Vertreters.	Bezeichnung der Forderung.	Betrag. M.	Pf.	Prüfungsresultat.	Bemerkungen [1]).	Treffende Quote [2]) M.	Pf.
1.	2 [3])	Gemeindekasse von X.	Umlage für die Zeit vom 1. Juli bis 1. Oktober 1880.	50	—	Festgestellt.	Soll als bevorzugt vollständig bezahlt werden.	50	—
2.	4 [3])	Dr. Pulsfühler (vertreten durch Herrn Agenten A.)	Deservitenrechnung.	80	—	Die Forderungen unbestritten, das Vorrecht nicht anerkannt.	Die Feststellungsklage ist nachgewiesen, (Anlage I)	80	—
3.	5	Caspar Mohn aus Bamberg (vertreten durch Adv. v. Auer.)	Wechselforderung.	1000	—	Festgestellt.	—	100	—
4.	8 [4])	Gastwirth Speiser aus München (vertreten durch Hofrath Henle).	Gasthausrechnung zu 200 Mark, hier angemeldet für &c.	120	50	Festgestellt; der liquidirte Betrag soll durch den Koffer, welchen Speiser in Händen hat, nicht gedeckt sein.	Der Nachweis, daß der Koffer mit Effekten um 29 Mark veräußert wurde und 9 Mark 50 Pf. Kosten hierauf erwachsen sind, ist geliefert. (Anlage II)	12	5
5.	9a	David Aaron aus Binswangen.	Kaufschillingsforderung von 40,000 Mark, hier.	20,000	—	Festgestellt.	—	2000	—
6	9b	"	"	20,000	—	Bestritten und eingestellt vorbehaltlich des Nachweises unter §. 140 der KO.	Bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist ist ein Nachweis über erhobene Klage nicht erbracht worden.	—	—
u. s. w.		u. s. w.		u. s. w.		u. s. w.	u. s. w.	u. s. w.	

1) Diese Rubrik kann natürlich erst innerhalb der drei in §. 145 bezeichneten Tage ausgefüllt werden.

2) Diese Rubrik wird erst eingesetzt nach Maßgabe des §. 147.

3) Es wird hier supponirt, daß die in der Anmeldetabelle unter Nr. 1 u. 3 aufgeführten Löhne der Köchin und des Krankenpflegers sofort, nachdem sie im Prüfungstermine nicht beanstandet wurden, auf Grund des §. 157 vom Verwalter bezahlt worden sind.

4) Die Forderungen 6 u. 7 der Anmeldetabelle sollen beispielshalber im Prüfungstermine bestritten und im Feststellungsprozesse rechtskräftig abgewiesen sein; sie sind also im Verzeichnisse zu übergehen.

Gläubiger den Nachweis der erhobenen Feststellungklage oder der Aufnahme des Prozesses bringt, das Verzeichniß jedesmal berichtigt werden und eigentlich müßte der nunmehr veränderte Stand auch immer neu veröffentlicht werden [11]). Jedenfalls müssen solche bestrittene Forderungen aufgenommen sein, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Titel oder ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt.

c. (auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen).

Hier gilt Alles, was oben S. 363 erörtert wurde.

d. (die Summe der Forderungen).

Es ist nicht das Verzeichniß selbst oder die einzelnen Forderungen, sondern nur deren Summe bekannt zu machen, und zwar nicht die „Summen", das heißt die einzelnen Beträge, sondern die „Summe", das heißt der Gesammtbetrag aller in dem Verzeichnisse aufgeführten Forderungen. (Vgl. oben lit. b am Ende.)

e. (den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand).

Bezüglich der Bekanntmachung des Massebestandes ist zwischen den Schluß- und den Nachtragsvertheilungen und den Abschlagsvertheilungen ein Unterschied. Bei den letzteren kann — da solche nur stattfinden, wenn hinreichende baare Masse vorhanden ist (§. 137) — lediglich eine bestimmte Baarsumme veröffentlicht werden. Bei der Schlußvertheilung aber muß die Masse „ausgeschüttet" und daher auch über etwa unverkäufliche Objekte verfügt werden; deshalb ist der ganze „Bestand" der Masse zu publiziren. Ebenso würde bei einer Nachtragsvertheilung theoretisch unter Umständen [12]) auch ein anderer als ein Baarbestand in Frage kommen können. Da es sich immer um den „zur Vertheilung verfügbaren" Massebestand handelt, so ist natürlich vorher der zu reservirende Bedarf für Deckung von Kosten und sonstigen Masseansprüchen abzuziehen.

f. (öffentlich bekannt zu machen).

I. Der Gesetzestext bestimmt nur, daß die Summe der Forderungen und der zur Vertheilung verfügbare Massebestand öffentlich bekannt zu

---

das Verzeichniß nur eine Abschrift der Tabelle, so ist zu erinnern, daß dies wegen aller definitiv erledigter Anmeldungen nicht der Fall ist.

11) Denn das erste Verzeichniß wird ja dadurch sofort unrichtig und führt die Gläubiger irre.

12) Wenn z. B. ein Aussonderungsanspruch erhoben und rechtskräftig zurückgewiesen wurde, das Objekt aber nicht verwerthbar ist. Freilich ein fast undenkbarer Fall, wer wird sich der Aussonderung eines unverwerthbaren Objektes widersetzen? Indessen **fiat theoria, pereat mundus.**

machen sei; er gebietet aber nicht [13]), es müsse in dieser Bekanntmachung auch die Thatsache aufgenommen werden, daß das Verzeichniß der Forderungen auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt ist. Sonach soll dies als selbstverständlich gelten und aus dem Gesetze gefolgert werden. Indessen halte ich es für zweckmäßig und gleichsam als Kontrole des Verwalters dienend, wenn die obige Thatsache in der Bekanntmachung erwähnt wird. Demnach hätte eine derartige Publikation etwa so zu lauten:

A) Für Abschlagsvertheilungen.

Bekanntmachung [14]).

In dem Konkurse über das Vermögen des Kaufmannes Schwindl soll mit Genehmigung des Gläubigerausschusses eine Abschlagsvertheilung stattfinden. Der zur Zeit verfügbare Baarbestand der Masse beträgt 15,000 Mark, wovon zur Deckung etwaiger Kosten 1000 Mark unvertheilt bleiben sollen. Die Summe der bei der Vertheilung in Frage kommenden Forderungen beläuft sich auf 65,000 Mark, wovon 1274 Mark bevorrechtigte sind. Das Verzeichniß dieser Forderungen liegt auf der Gerichtsschreiberei des k. Amtsgerichtes N. N. (Zimmer Nr. 12) während der gewöhnlichen Amtsstunden zur Einsicht der Betheiligten offen.

Hievon werden alle Gläubiger mit dem Beifügen verständigt [15]), daß etwaige Einwendungen gegen das Verzeichniß bis zum Ablauf einer Woche nach dem Ende der zweiwöchentlichen Ausschlußfrist [16]) bei dem k. Amtsgerichte N. N. als Konkursgericht

---

13) Aber er verbietet es auch nicht. A. A. v. Sarwey S. 705 wegen der dadurch veranlaßten Kosten.

14) Die Praxis bedient sich folgender kürzerer Form:

Bekanntmachung.

Im Konkurse über Kaufmann Schwindl dahier sind zur Vertheilung 5000 Mark verfügbar. Zu berücksichtigende Forderungen 50,000 Mark, wovon 500 Mark bevorrechtigt.

München den 12. Februar 1882.

Sparer,
Konkursverwalter.

15) Dieser letzte Absatz kann aber kurz auch so gefaßt werden: „Hievon werden alle Gläubiger unter Hinweis auf die §§. 140 u. 141 der KO. verständigt." (§. 142 kommt für Abschlagsvertheilungen nicht in Betracht.)

16) Oder auch: innerhalb dreier Wochen.

zu erheben wären und daß diejenigen Gläubiger, deren Forderungen noch nicht festgestellt und auch nicht mit vollstreckbarer Urkunde belegt sind [17]), innerhalb einer Ausschlußfrist von zwei Wochen von dieser Bekanntmachung an [18]) dem Unterzeichneten Nachweis über die Erhebung der Feststellungsklage, Absonderungsberechtigte aber innerhalb derselben Frist den Nachweis über Betreibung der Veräußerung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes beizubringen, letztere auch den Betrag des muthmaßlichen Ausfalles glaubhaft zu machen haben.

München den 1. März 1880.

Sparer, Konkursverwalter.

B) Für die Schlußvertheilung.

Bekanntmachung.

In dem Konkurse über das Vermögen des Kaufmannes Schwindl hat das k. Amtsgericht N. N. als Konkursgericht die Vornahme der Schlußvertheilung unter dem 26. v. M. genehmigt und den Schlußtermin auf

Montag den 28. März l. J. Vormittags 9 Uhr
(im hiesigen Amtsgerichtsgebäude Zimmer Nr. 20)

bestimmt.

Der zur Zeit verfügbare Baarbestand u. s. w. (wie im ersten Beispiele).

Hievon werden die Gläubiger mit dem Beifügen verständigt, daß an diesem Termine zugleich über verschiedene bisher nicht einbringliche Forderungen, welche zur Masse gehören, Beschluß gefaßt und wegen des unverkäuflich gebliebenen angeblichen Murillo Bestimmung getroffen werden soll.

Alle Konkursgläubiger, deren Forderungen noch nicht festgestellt oder von einer Suspensivbedingung abhängig sind, ferner die Absonderungsberechtigten, insoweit sie aus der Masse Befriedigung verlangen, werden aufgefordert, innerhalb einer Ausschlußfrist von zwei Wochen den ihnen nach der Konkursordnung obliegenden Nachweis zu liefern.

---

17) Die Gegner zur Klagestellung aufzufordern (vgl. oben S. 353) ist nicht nöthig.

18) Eigentlich müßte man sagen: „innerhalb einer Frist von 16 Tagen vom Datum dieses Blattes an.“

Endlich werden diejenigen Gläubiger, für welche bei den beiden bisher stattgehabten Abschlagsvertheilungen Antheile zurückbehalten wurden, aufmerksam gemacht, daß sie bis zum Ablaufe der zweiwöchentlichen Ausschlußfrist den in §. 141 Abs. 1 und in §. 142 Abs. 2 der KO. geforderten Nachweis erbringen müssen, widrigenfalls über ihre bisher reservirten Dividenden verfügt werden würde.

München den 1. März 1880.

Sparer, Konkursverwalter.

II. Die öffentliche Bekanntmachung hat nicht blos den Zweck, einen festen Boden für die Ausführung der Vertheilung zu gewinnen, sondern auch den, daß diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen erst nach Ablauf des allgemeinen Prüfungstermines angemeldet haben, oder deren Forderungen noch nicht geprüft und festgestellt sind, veranlaßt werden, noch vor Ablauf der in §. 140 bestimmten Ausschlußfrist von zwei Wochen entweder die Prüfung und Feststellung zu bewirken, oder sich wenigstens auszuweisen, daß sie die Feststellungsklage erhoben oder die Wiederaufnahme des Verfahrens in dem schon früher anhängig gewordenen Prozesse betrieben haben. Desgleichen sollen Absonderungsberechtigte und Gläubiger, deren Forderungen von einer Suspensivbedingung abhängen, durch die Publikation zur Befolgung der §§. 141 u. 142 sich veranlaßt fühlen. Endlich soll durch die öffentliche Bekanntmachung jeder Gläubiger Gelegenheit erlangen, sich durch Einsicht des Verzeichnisses zu überzeugen, ob in demselben seine Forderung genügend berücksichtigt ist, damit er nöthigen Falls die Berichtigung des Verzeichnisses durch Vorbringung von Einwendungen gegen dasselbe nach §. 146 und 150 erwirken kann.

III. Die öffentliche Bekanntmachung hat zweckmäßig (wenn auch nicht obligatorisch) in dem Blatte und beziehungsweise in denjenigen Blättern zu geschehen, in welchen das Konkursgericht seinen Eröffnungsbeschluß veröffentlicht hat [19]). (Vgl. oben S. 39 ffg.)

---

19) Eine Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger ist nicht nothwendig, ebenso kann zwar der Verwalter die ihm bekannten Gläubiger schriftlich verständigen, er ist hiezu aber keineswegs verpflichtet.

§. 140.

Anspruch streitiger Forderungen auf Berücksichtigung.

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind[a]) und für deren Forderungen ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl[b]) nicht vorliegt, haben bis zum Ablauf einer Ausschlußfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung[c]) dem Verwalter den Nachweis zu führen[d]), daß und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig[e]) geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden[f]) Vertheilung nicht berücksichtigt.

I. E. §. 152; II. E. §. 140; Pr. H. E. — Pr. KO. §. 255. — B. P. O. —

a. (nicht festgestellt sind).

Ausgeschlossen von der sofortigen Auszahlung bei einer Vertheilung sind alle noch nicht festgestellten Ansprüche. Hieher gehören vor Allem diejenigen Forderungen, welche im Prüfungstermine streitig geblieben waren, und deren Feststellung nach §. 134 Abs. 2 dem Gläubiger obliegt; wenn der Gläubiger sich nicht rührt und die Feststellung betreibt, so bleibt er völlig unberücksichtigt. Dagegen kann er durch Nachweis der erhobenen Feststellungsklage wenigstens die Zurückhaltung seines Antheiles erzielen. Ist es dagegen der Bestreitende, welcher nach §. 134 Abs. 6 den Widerspruch im Prozeßwege durchzuführen hat[1]), so wird die Forderung, auch wenn sie nicht festgestellt ist, bei der Vertheilung berücksichtigt[2]). Doch kann der Widersprechende, wenn er sich rührt und die Klage gestellt hat, die Zurückhaltung des Antheiles auf die von ihm bestrittene Forderung erwirken. Ferner gehören hieher die nicht geprüften Forderungen, sei es, daß sie erst nach dem Prüfungstermine oder zwar vor demselben, aber nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldet wurden, wenn in diesem letzteren Falle ihrer Prüfung vom Verwalter oder einem Betheiligten (§. 130) Widerspruch entgegengesetzt wurde[3]).

---

1) Das ist eben dann der Fall, wenn für die angemeldete Forderung ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel oder ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt.

2) Wenn auch nicht sofort ausgezahlt, vgl. §. 155.

3) Man könnte dies hart finden, weil es ja nicht in der Bestimmung des

Es ergibt sich aber nun die Frage: sind die nicht geprüften Forderungen alle ausgeschlossen, oder nur diejenigen, für welche ein Vollstreckungsbefehl, ein Endurtheil oder ein vollstreckbarer Schuldtitel nicht vorliegt? Der Gesetzgeber ging offenbar [4]) von der ersten Ansicht aus, der Wortlaut des Gesetzes aber spricht so deutlich für die zweite, daß ich glaube, in der praktischen Anwendung wird man letztere anzunehmen haben. Denn entschieden ist z. B. der A, wenn er einen Wechselanspruch acht Tage nach Abhaltung des Prüfungstermines unter Vorlage des ergangenen rechtskräftigen Urtheiles anmeldet, „ein Konkursgläubiger, dessen Forderung nicht festgestellt ist, für dessen Forderung aber ein Endurtheil vorliegt", folglich kann er nach den Worten des §. 140 nicht ohne Berücksichtigung bleiben. Diese Auslegung des Gesetzes bietet jedenfalls keine Nachtheile, da ja bis zur Feststellung die effektive Auszahlung suspendirt bleibt, sie ist aber billig, und vermeidet die Nothwendigkeit späterer Rektifikationen [5]).

Forderungen, welche erst *nach* der Ausschlußfrist angemeldet werden, können natürlich bei der betreffenden Vertheilung auch dann nicht mehr berücksichtigt werden, wenn ihnen ein vollstreckbarer Titel zur Seite steht.

b. (*ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl*).

Diese Ausdrücke entsprechen vollkommen dem Wortlaute des §. 136 Abs. 6.

c. (*bis zum Ablaufe einer Ausschlußfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung*).

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als erfolgt mit Ablauf des

---

Anmeldenden liegt, wann die nachträgliche Prüfung stattfinden soll. Allein ein Versäumniß seinerseits liegt jedenfalls vor. Uebrigens ist anzunehmen, daß bei einiger Entschuldbarkeit die Abschlagsvertheilung verschoben werden wird (vgl. oben S. 429).

4) Vgl. Motive zum I. E. Bd. II S. 111 ff. Hier lautete aber der §. 152 etwas anders; würde es im Gesetze heißen: „Bei den Vertheilungen werden außer den unstreitig gebliebenen Forderungen nur jene berücksichtigt, für welche ein vollstreckbarer Titel vorliegt", so wäre die Argumentation des Textes freilich hinfällig.

5) Da das Präklusionsprinzip der KO. fremd ist, scheint mir diese Auslegung im Geiste des Gesetzes zu liegen. A. A. *Fitting* §. 40. II, *Hullmann* S. 290, *Meisner* S. 317 Note 1, *Petersen* S. 422, v. *Sarwey* S. 707, *Stieglitz* S. 558, v. *Wilmowski* S. 423. Gegenüber dieser Uebereinstimmung der übrigen Autoren und im Hinblicke auf § 254 der Pr. KO. muß ich die im Text vertretene Ansicht als sehr zweifelhaft bezeichnen.

zweiten Tages nach der Ausgabe des Blattes, welches die Einrückung enthält (§. 68)[6]). Von da an ist sodann in analoger Anwendung des §. 200 der Civ.-Pr.-O. die zweiwöchentliche Frist mit Ablauf desjenigen Tages der zweiten Woche beendet, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat. Also: die Bekanntmachung datirt vom 10. April; das Blatt, in welchem sie veröffentlicht wird, ist ausgegeben Freitag den 13. April, sonach beginnt die Ausschlußfrist zu laufen am Montag den 16. April und dauert bis Montag den 30. April Abends[7]). Wäre aber dies der Ostermontag, so würde[8]) (in analoger Anwendung des §. 200 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O.) das Ende der Ausschlußfrist erst Dienstag Abends (den 1. Mai) eintreten.

Ob die Frist als Nothfrist zu bezeichnen sei, ist zweifelhaft[9]). Jedenfalls wird sie durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen, vgl. §. 204 des Ger.-Ver.-Ges., und eine Verlängerung durch Vereinbarung der Parteien ist ausgeschlossen.

Der Ausdruck „Ausschlußfrist" ist ein technischer; er bezeichnet die Frist, innerhalb welcher diejenigen Ergänzungen stattfinden müssen, welche nöthig sind, um als provisorisch im Verzeichnisse aufgenommener Gläubiger auch effektiv berücksichtigt zu werden. Es ist also diejenige Frist, nach deren Ablauf man von der Vertheilung ausgeschlossen ist; dagegen heißt die Frist, innerhalb welcher Einwendungen gegen das Verzeichniß zu erheben sind, nicht mehr Ausschlußfrist (vgl. §. 145 u. 146).

d. (dem Verwalter den Nachweis zu führen).

Nicht dem Gerichte, sondern dem Verwalter[10]) ist der Nachweis zu

---

6) Vgl. oben S. 37 ff.

7) Eigentlich Nachts 12 Uhr, allein nach Ablauf der Bureauzeit kann man für seine Eingaben keine Beachtung mehr fordern.

8) Es ist dies kein Widerspruch damit, daß die Bekanntmachung selbst (vergl. oben S 37) auch dann mit Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des Blattes als bewirkt gilt, wenn dieser ein Sonntag oder Feiertag ist; denn hier ist keine gerichtliche Handlung in Frage, welche an Sonntagen und Feiertagen nicht wohl auszuführen wäre.

9) Danach ermißt sich, ob eine Wiedereinsetzung gegen Ablauf derselben zulässig ist. Ich möchte mit v Sarwey S. 709 u. v. Wilmowski S. 425 eben deshalb dieselbe zwar als „gesetzliche", aber nicht als „Nothfrist" anerkennen.

10) Hätte ein Gläubiger aus Versehen oder Unkenntniß den Nachweis zwar noch rechtzeitig in den Gerichtseinlauf oder auf die Gerichtsschreiberei gebracht, diese aber denselben erst nach Ablauf der Abschlußfrist an den Verwalter

liefern. In welcher Weise dies zu geschehen hat, sagt das Gesetz indessen nicht. Nach meinem Dafürhalten genügt es, wenn dem Verwalter der Nachweis schriftlich oder auch persönlich vorgelegt wird [11]). Ein Anderes ist natürlich der Nachweis, welcher die Erfüllung der Voraussetzung des §. 140 bildet, das heißt der Nachweis, „daß und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früheren Prozesse aufgenommen ist." Diese Voraussetzung liegt nur dann vor, wenn die Klageschrift (§. 233 der Civ.-Pr.-O.) bei dem Gerichtsschreiber eingereicht oder (bei zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Feststellungsklagen) zum Protokolle des Gerichtsschreibers angemeldet ist (§. 457) [12]). „Handelt es sich um Aufnahme eines unterbrochenen Prozesses, so muß die Zustellung des die Aufnahme enthaltenden Schriftsatzes nachgewiesen werden [13]). Die Uebergabe an den Gerichtsvollzieher, die Beauftragung eines Anwaltes und ähnlichen Handlungen genügen nicht. Um also dem Verwalter den Nachweis führen zu können, muß der Gläubiger eine Bescheinigung über die Klagestellung oder Prozeßaufnahme haben; diese kann er dann — wie erwähnt — dem Verwalter selbst bringen oder mittelst eines Briefes zuschicken [14]). Selbstverständlich wird bei einer zur Zeit der Aufstellung des Verzeichnisses noch ungeprüft gewesenen Forderung ihre Berücksichtigung — soferne sie nicht mit vollstreckbarem Titel belegt ist — davon abhängen, daß sie innerhalb der Ausschlußfrist geprüft wird; denn bevor dies geschehen, kann ja eine Feststellungsklage nicht erhoben und daher auch nicht nachgewiesen werden.

---

abgegeben, so wäre — da im majus das minus enthalten ist — die Frist gewahrt. A. A. v. Sarwey S. 709 u. v. Wilmowski S. 425.

11) Ist der Verwalter selbst der Widersprechende gewesen und in dem Prozesse, welcher angestrengt oder wieder aufgenommen wird, Partei, so bedarf es natürlich nicht noch erst eines formellen Nachweises. (Fuchs, Concursproceß, S. 131.)

12) Wenn man annimmt, daß die Klage nicht stets gegen sämmtliche Widersprechende als Streitgenossen zu erheben ist (vgl. oben S. 400), so ergibt sich die Frage, ob der Nachweis genügt, daß gegen einen der Widersprechenden geklagt ist (v. Sarwey S. 709; Stieglitz S. 560; v. Wilmowski S. 425) oder ob die Klagerhebung gegen sämmtliche Widersprechende nachgewiesen sein müsse (Hullmann S. 290).

13) Denn §. 227 der Civ.-Pr.-O. sagt: „die Aufnahme erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes"; folglich muß, damit (was das Gesetz verlangt) der Prozeß aufgenommen ist, die Zustellung bereits geschehen sein.

14) Zur Sicherheit wird er sich die Uebergabe vom Verwalter bescheinigen lassen.

e. (nicht rechtzeitig).

„Rechtzeitig" ist der Nachweis dem Verwalter dann nicht geführt, wenn derselbe nicht in den Stand gesetzt ist, das Verzeichniß richtig zu stellen; das heißt also: der Verwalter muß noch innerhalb der Ausschlußfrist inne werden, daß Feststellungsklage erhoben oder der Prozeß aufgenommen wurde. Es genügt also nicht, wenn z. B. der Brief, mittelst dessen dem Verwalter die Nachweis-Urkunde übersandt wird, innerhalb der Frist auf die Post gegeben war, wenn er nicht innerhalb der Frist auch angekommen ist.

f. (bei der vorzunehmenden Vertheilung.)

Das Präjudiz der Versäumung der Ausschlußfrist ist für Abschlagszahlungen ein sehr mildes; der Gläubiger wird bei der nächsten Vertheilung wieder berücksichtigt. Bei der Schlußvertheilung freilich steht es der Präklusion gleich, denn auch, soferne eine Nachvertheilung eintritt, erfolgt diese nach §. 153 auf Grund des Schlußverzeichnisses.

---

§. 141.

Anspruch von Ausfallsforderungen auf Berücksichtigung.

Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird [a]), haben bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter den Nachweis ihres Verzichts oder ihres Ausfalls [b]) nach Maßgabe des §. 57 zu führen. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen [c]) bei der vorzunehmenden Vertheilung [d]) nicht berücksichtigt [e]).

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter der Nachweis, daß die Veräußerung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist [f]), geführt und der Betrag des muthmaßlichen Ausfalls [g]) glaubhaft gemacht wird [h]).

I. E. §. 153; II. E. §. 141; Pr H. E. —; Pr. KO. §. 248; B. P. O. Art. 1295.

a. (Gläubiger, von welchen [1]) abgesonderte Befriedigung beansprucht wird).

---

1) Es sind hierunter diejenigen Gläubiger gemeint, welche eine abgesonderte Befriedigung beanspruchen, nicht „gegenüber welchen eine solche beansprucht wird."

Das System[2]) der KO. bezüglich derjenigen Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, welche aber zugleich persönliche Gläubiger sind[3]), läßt sich kurz in folgenden Vorschriften[4]) zusammenfassen:

Erstens: Diese Gläubiger sollen mit dem Betrage ihrer Forderung bei jeder (Abschlags- oder) Schlußvertheilung[5]) konkurriren, wenn und soweit sie den Nachweis ihres Verzichtes auf abgesonderte Befriedigung oder eines Ausfalles nach §. 57 geführt haben. (§. 141 Abs. 1.)

Zweitens: Bei Abschlagsvertheilungen soll für diese Gläubiger der muthmaßliche Betrag ihres Ausfalles schon dann zurückbehalten werden (§. 155 Ziff. 3), wenn sie bis zum Ablauf der Ausschlußfrist dem Verwalter den Nachweis, daß die Veräußerung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und den Betrag des muthmaßlichen Ausfalles glaubhaft gemacht haben. (§. 141 Abs. 2.)

Drittens: Bei der Schlußvertheilung sollen aber die soeben genannten Gläubiger nicht nur nicht weiter berücksichtigt werden, wenn sie ihren Ausfall bis dahin nicht durch eine bereits erfolgte Veräußerung oder einen Verzicht nachweisen, sondern sie sollen beim Mangel dieses Nachweises auch ihre bei den Abschlagszahlungen reservirten Antheile wieder verlieren. (§. 144.)

Da hier ganz allgemein von absonderungsberechtigten Gläubigern gesprochen wird, ein Absonderungsrecht aber nicht nur an beweglichen Sachen, sondern auch an Immobilien Platz greift, so gilt das so eben Gesagte auch für die Hypothekgläubiger, welche zugleich persönliche Gläubiger sind und als solche sich am Konkursverfahren betheiligen.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß die in §. 140 der KO. für alle Forderungen gegebenen Vorschriften gleichfalls einzuhalten sind; auch die absonderungsberechtigten Gläubiger können nur dann eine Befriedigung verlangen, wenn sie angemeldet, geprüft und festgestellt oder wenigstens

---

2) Aeußerung des Abgeord. Dr. v. Sarwey in der 14. Sitzung (K. Prt. S. 141).

3) Gläubiger, denen lediglich die dem Gemeinschuldner gehörige Sache haftet, haben natürlich im Konkurse keinen Anspruch. Also z. B. Ewiggeldgläubiger oder die Bank, bei welcher der Gemeinschuldner für die Schuld eines Dritten z. B. ein Werthpapier deponirt hat u. s. w.

4) Die leider sehr zerstückelt und nicht einmal hintereinander im Gesetze vorgetragen sind.

5) Bei einer Nachvertheilung nur dann, wenn sie bereits bei der Schlußvertheilung zugelassen wurden.

nach Maßgabe der oben erörterten Grundsätze provisorisch zuzulassen sind. Der §. 141 gibt nur an, was sie noch außerdem nachzuweisen haben.

b. (den Nachweis ihres Verzichtes oder ihres Ausfalls).

Bezüglich dieses Nachweises ist zweierlei in das Auge zu fassen. Hinsichtlich der Art und Weise wie der Nachweis dem Verwalter zu führen ist, gilt das oben bei §. 140 Erörterte. In Betreff dessen aber, wie der Nachweis der Thatsache des Verzichtes oder Ausfalles beschaffen sein muß, wird wohl anzunehmen sein, daß derselbe in der Weise der Forderungsanmeldung selbst zu geschehen hat, also nach §. 127 mittelst schriftlicher Eingabe an das Konkursgericht oder mündlich zum Protokoll des Gerichtsschreibers. Dies ist deshalb anzunehmen, weil in §. 57 der fragliche Verzicht [6]) beziehungsweise das Vorhandensein eines Ausfalles als ein Bestandtheil der Forderungsanmeldung, ja geradezu als Voraussetzung derselben erklärt wird. [7])

c. (Forderungen).

Unter „Forderung" ist natürlich nicht die ursprüngliche Forderung, sondern nur die im Konkurse zu berücksichtigende, das heißt der Ausfall gemeint. Nicht im Verhältniß zum ursprünglichen Betrage, sondern nur nach Höhe dieses Ausfalles wird die Dividende bei der Vertheilung für sie festgesetzt.

Sonach muß man sich also den Gang der Dinge folgendermaßen denken: der Absonderungsberechtigte, welcher bei der Vertheilung berücksichtigt werden will, muß seinen Verzicht oder die Anzeige, wie viel sein Ausfall betragen hat, ordnungsgemäß bei Gericht (bezw. beim Gerichtsschreiber) anmelden. Hievon setzt er sodann den Verwalter mündlich (jedoch unter Aushändigung eines Beleges über seine Anmeldung) oder schriftlich in Kenntniß.

d. (bei der vorzunehmenden Vertheilung).

Dieser Ausdruck erweckt den Anschein, als ob sich der Abs. 1 des

---

6) Dieser Verzicht bewirkt eben, daß das Recht auf abgesonderte Befriedigung erlischt. Der Satz in Fuchs, Concursprozeß (S. 62 Note 13): „Verzicht auf das Separationsrecht involvirt nicht Verzicht auf das vorzugsweise Befriedigungsrecht" ist daher nicht richtig, vergl. die Recension in Zarncke's literarischem Centralblatte v. 1877 Nr. 39.

7) Dies wird bestritten (v. Sarwey S 712, v. Wilmowski S. 426), allein ich meine, so lange die Anmeldung bei Gericht bestehen bleibt, und dieselbe nicht modifizirt wurde, liegt eben kein Verzicht oder wirklicher Nachweis des Ausfalls vor. Der Nachweis wird immer nur dem Verwalter erbracht, aber dieser Nachweis kann meines Erachtens ohne Rücknahme der Anmeldung nicht als erbracht gelten.

§. 141 auf alle Arten von Vertheilungen bezöge; dies ist aber nicht der Fall. Derselbe gilt eigentlich nur für die Schlußvertheilung; für Abschlagsvertheilungen ist das, was er vorschreibt, zwar insoweit richtig, als der Absonderungsberechtigte, wenn er den betreffenden Nachweis führt, berücksichtigt wird, aber nicht richtig der letzte Satz, daß er, wenn er ihn nicht rechtzeitig führt, unberücksichtigt bleibt; denn für Abschlagsvertheilungen genügt ja nach dem Abs. 2 schon ein geringerer Nachweis. Für Nachtragsvertheilungen aber ist der §. 141 gar nicht anwendbar. Gesetzt, der Pfandinhaber A kann bis zur Schlußvertheilung nicht nachweisen, wie viel sein Ausfall beträgt oder daß er auf Befriedigung aus dem Pfande für einen Theil seiner Forderung verzichtet hat, so kommt er gar nicht in das Schlußverzeichniß und dann kann er zufolge §. 153 auch bei einer Nachvertheilung nicht partizipiren.

Sonach ergibt sich Folgendes [8]):

1) Absonderungsberechtigte erhalten ihre Dividende bei einer Abschlagsvertheilung und bei einer Schlußvertheilung, wenn sie ihren Ausfall nachgewiesen oder verzichtet haben;

2) sie werden durch Zurückhaltung ihrer Dividende berücksichtigt bei einer Abschlagsvertheilung, wenn sie die Betreibung der Veräußerung und ihren muthmaßlichen Ausfall nachweisen;

3) sie erhalten ihr Geld bei einer Nachvertheilung, wenn sie bei der Schlußvertheilung die Voraussetzung unter Ziff. 1 erfüllen.

4) Absonderungsberechtigte, welche bei einer Abschlagsvertheilung weder die Voraussetzung von Ziff. 1 noch jene von Ziff. 2 erfüllen, können bei einer späteren Abschlagsvertheilung und bei der Schlußvertheilung partizipiren;

5) Absonderungsberechtigte, welche bei einer Schlußvertheilung die Voraussetzung der Ziff. 1 nicht erfüllt haben, verlieren jeden Antheil, auch den ihnen nach Ziff. 2 etwa schon reservirten.

l. (nicht berücksichtigt).

Wie bereits in der vorigen Erläuterung dargelegt, wird bei nicht genügendem Nachweise des schon wirklich eingetretenen Ausfalles oder Verzichtes der Absonderungsberechtigte nicht nur nicht bezahlt, sondern überhaupt gar nicht berücksichtigt; es erfolgt also der völlige Ausschluß von der Schlußvertheilung. Ich hebe dies nochmals hervor, weil diese Bestimmung mit dem bisherigen Rechte in direktem Widerspruche steht. Selbst nach der Pr. KO. (§. 248) wurde in diesem Falle der volle Betrag der durch Absonderungsrecht gedeckten Forderung vorerst reservirt,

---

8) Vgl. auch lit. a.

und erst je nach dem Ausgange des Separatverfahrens über das Weitere entschieden. Nach der KO. aber wird auf das spätere Schicksal des Absonderungsrechtes keine Rücksicht genommen. Wer „berücksichtigt" werden will, muß wählen, ob er als Konkursgläubiger oder als Absonderungsberechtigter auftreten will; in doppelter Eigenschaft wird er nicht zugelassen.

f. (betrieben ist).

Was unter „Betreibung der Veräußerung" zu verstehen ist, hängt von der Beschaffenheit des betreffenden Absonderungsrechtes ab. Jedenfalls genügt der Nachweis des ersten Beginnes jenes Verfahrens, welches schließlich die Veräußerung herbeiführt; aber die „Veräußerung" selbst muß bereits betrieben sein, Vorbereitung dazu genügt nicht. Würde also z. B. nicht Mehr geschehen sein, als daß das Konkursgericht nach §. 117 Abs. 2 der KO. dem Absonderungsberechtigten die Frist bestimmt hat, innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerthen habe, so kann dies nicht genügen [9]). Anderseits ist aber nicht erforderlich, daß der Absonderungsberechtigte selbst Schritte gethan hat; wenn der Verwalter nach §. 117 Abs. 1 die Zwangsvollstreckung betreibt, bedarf es keines weiteren Nachweises [10]).

g. (muthmaßlichen Ausfalls).

Der Betrag des muthmaßlichen Ausfalles wird dadurch glaubhaft gemacht, daß dem Verwalter ein sicherer Anhaltspunkt über den Werth des Gegenstandes, an welchem das Absonderungsrecht haftet, geliefert wird; aus der Abrechnung dieses Werthes an dem Betrage der Forderung des absonderungsberechtigten Gläubigers ergibt sich sodann (unter Berücksichtigung der auf die Verwerthung voraussichtlich erwachsenden Kosten) der muthmaßliche Ausfall. Ob und in wie weit zu dieser Feststellung Sachverständige beizuziehen und ob diese zu beeidigen sind u. s. w., ergibt sich aus den obigen Erläuterungen zu §. 113. In der Natur der Sache liegt es indessen, daß im vorliegenden Falle dem Verwalter hinsichtlich der Bemessung des Werthes und beziehungsweise des Ausfalles ein etwas größerer Spielraum gelassen werden muß, als im Falle des §. 113, und daß in billiger Beachtung des Umstandes, wie eine Verkürzung des Absonderungsberechtigten diesem möglicherweise einen unwi-

---

9) A. A. Fitting §. 40 Anmerk. 8, v. Sarwey S. (600) 713, Stieglitz S. 563, v. Wilmowski S. 428. Mit mir stimmt Petersen S. 424 überein

10) Das Gesetz sagt nicht: „daß er — betrieben hat", sondern nur: „daß — betrieben ist".

derbringlichen Schaden verursacht [11]), während die Annahme eines zu großen Ausfalles stets sich ohne Schaden der Mitgläubiger schließlich wieder regulirt [12]), — der Verwalter den muthmaßlichen Ausfall im Zweifel eher höher als niedriger anschlagen wird [13]).

h. (glaubhaft gemacht wird).

Die „Glaubhaftmachung" richtet sich nach §. 266 der Civ.-Pr.-O., vgl. auch oben S. 186 ff.

---

§. 142.

Ausschlußfrist für bedingte Forderungen.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung [a]) werden bei einer Abschlagsvertheilung zu dem Betrage berücksichtigt [b]), welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Bei der Schlußvertheilung findet ihre Berücksichtigung nur statt, sofern dem Verwalter bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist der Eintritt der Bedingung [c]) nachgewiesen wird [d]), oder soweit der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war [e]).

I. E. §. 162; II. E. §. 142; Pr. H. G. Art. 900; Pr. KO. §. 250; B. Pr. O. Art. 1300, 1118—1121,

a. (Forderungen unter aufschiebender Bedingung).

Forderungen unter auflösender Bedingung werden nach §. 59 der KO. im Konkurse geltend gemacht gleich als wären sie unbedingt. Sie werden auch effektiv ausbezahlt, nur in einem Ausnahmsfalle (wegen nicht geleisteter Sicherheit) wird die auf sie treffende Dividende nach §. 155 Ziff. 4 zurückbehalten.

---

11) Es kann sein, daß bei der Schlußvertheilung die Masse nicht mehr reicht, um ihm nachträglich den vollen Ausfall zu ersetzen.

12) Im Wege der Nachvertheilung.

13) Wenn der in den Händen des Absonderungsberechtigten befindliche Gegenstand ganz zweifelhaft, z. B. eine verpfändete Forderung, deren Einbringlichkeit völlig ungewiß ist, so verzichtet der Berechtigte am richtigsten bis auf ein Minimum auf sein Absonderungsrecht. Läßt sich überhaupt kein Werth ermitteln, so kann er seine ganze Forderung als Ausfall liquidiren.

Suspensiv bedingte Gläubiger [1]) stehen schlechter. Vor Allem werden sie nach §. 155 Ziff. 2, so lange die Bedingung schwebt, niemals wirklich ausbezahlt; ferner fallen sie überhaupt aus der Gant, wenn die Bedingung nicht bis zur Schlußvertheilung [2]) eingetreten ist [3]).

b. (berücksichtigt).

Hierunter ist, wie bereits bemerkt, nicht die Hinausbezahlung, sondern die vorläufige Zurückbehaltung gemeint. Der zurückbehaltene Betrag wird für die Schlußvertheilung unter den bei lit. c erörterten Voraussetzungen frei und derselbe tritt ein, wenn zur Sicherstellung der Aufrechnung einer bedingten Forderung für den Fall des Eintrittes der Bedingung ein Betrag hinterlegt war. (Vgl. §. 47 Abs. 3 u. §. 158.)

c. (Eintritt der Bedingung).

Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob der Gläubiger den Nachweis des Eintrittes der Bedingung nur aus Nachlässigkeit nicht erbringt, oder ob er ihn gar nicht erbringen kann, weil dieser Eintritt bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist noch nicht stattgefunden hat, und es unterscheidet für diesen letzteren Fall auch wiederum nicht, ob die Erfüllung der Bedingung in der Macht des Gläubigers gelegen ist, oder ob er auf den Eintritt derselben gar keinen Einfluß hat. Daraus folgt, daß auch der Richter einen Unterschied nicht machen darf und der bedingt Berechtigte auch dann aus der Gant gesetzt werden muß, wenn er an dem Nichteintritte der

---

1) Ueber jene Gläubiger, deren Forderungen von einer Bedingung abhängen, deren Erfüllung auf der Thätigkeit des Gemeinschuldners beruht, siehe oben die Erläuterung zu §. 60.

2) Eigentlich muß sie schon etwas vorher eingetreten sein, weil ja der Eintritt bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist schon nachgewiesen werden soll.

3) Dieses System ist neu, aber vortrefflich motivirt (Motive zum II. E. S. 281); leider muß ich diese Ausführungen als de lege ferenda gegeben übergehen. Bisher war man entweder dem Gemeinen Rechte gefolgt, indem man die bedingt Berechtigten gegen Sicherheitsleistung, gleich als wären sie unbedingt berechtigt, befriedigte oder doch den „höchsten" Betrag als Spezialmasse zurückbehielt (Pr. KO.), oder man bezahlte umgekehrt „die eventuellen Percipienda derselben an diejenigen Gläubiger, welchen solche zufallen, falls die Bedingung nicht eintritt, soferne sie für den Fall des Eintrittes der Bedingung wegen der Rückzahlung Sicherheit leisten", z. B. Bayr. Pr.=O Art. 1118, Civ.=Pr.=O. §. 866, Hannover'sche Civ.=Pr.=O. § 650. Einen dritten Weg geht das Holländische HGB. Art. 779 ff., welches „den gegenwärtigen wahren Werth der bedingten Forderung durch Abschätzung des beiderseitigen Interesse festzustellen vorschreibt." (Motive zum Pr. HE. S. 492.)

Bedingung außer allem Verschulden ist[4]). Es ist dies besonders hervorzuheben, denn man könnte glauben, hier müsse der auf die bezügliche Forderung treffende Betrag jedenfalls zurückbehalten werden, wenigstens so lange, als noch die Möglichkeit eines Eintrittes der Bedingung besteht. Denn wenn auch das bedingte Geschäft noch nicht wirklich existirt, so hat dasselbe doch möglicherweise eine Existenz, es äußert jedenfalls eine „Vorwirkung[5])". Falls aber im Konkurse der auf die bedingte Forderung treffende Betrag nicht zurückbehalten wird, so geht solcher für den Gläubiger in der Regel verloren, weil alsdann die vorhandene Baarschaft ganz an die anderen Gläubiger hinausbezahlt wird mit Ausschluß jeder Rückforderung, und weil die Regressirung an den zu neuem Vermögen gelangten früheren Gemeinschuldner immer nur selten und ausnahmsweise vorkommen wird.

Diese Folge auch für den Gläubiger eintreten zu lassen, welchem kein Verschulden und keinerlei Versäumniß zur Last fällt, scheint hart. Allein es ist zu erwägen, daß, wollte man eine Ausnahme für den obigen Fall zulassen, in sehr vielen Fällen das Konkursverfahren gar nicht zum Abschlusse gelangen könnte, weil man alsdann oft Jahre lang, ja oft auf ganz ungewisse Zeit hinaus mit der Schlußvertheilung zuwarten oder wenigstens den auf die bezügliche Forderung treffenden Betrag in gerichtlicher Verwahrung und Verwaltung behalten müßte, bis etwa einmal die kritische Bedingung eintreten oder die Unmöglichkeit ihres Eintrittes feststehen wird. Wenn es daher auch bei der Festhaltung dieser strengen Ansicht zuweilen[6]) vorkommen wird, daß die betreffenden Gläubiger um die Befriedigung ihrer Forderungen kommen, so tritt doch die Erwägung ein, daß man von zwei Uebeln das geringere wählen soll.

d. (nachgewiesen wird).

Das Gesetz sagt nicht „bewiesen", sondern nur „nachgewiesen"; es ist deshalb nicht etwa die Beweisführung nach den Regeln des Civilprozesses nothwendig. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Nachweis nicht vor Gericht, sondern dem Verwalter zu erbringen ist. Sobald

---

4) Es folgt dies aus dem schon im Gemeinen Rechte aufgestellten Grundsatze: „pendente conditione nihil debetur", vgl. fr. 13 §. 5 D. de pignor. (20, 1).

5) Nach Fitting, über den Begriff der Rückziehung, S. 65 ff. Brinz sagt (Pandekten I. Aufl. S. 1478): „ein Geschäft, aus dem noch Etwas werden kann, ist nicht Nichts."

6) Suspensiv bedingte Forderungen werden ohnehin nicht oft vorkommen; denn der Suspensiv-Bedingung ist schon nach Röm. Rechte als ihr eigentliches Gebiet das Erbrecht angewiesen und derartig Berechtigte sind ja von vorneherein keine Konkursgläubiger.

also der Verwalter sich von dem Eintritte der Bedingung überzeugt hat, ist die Voraussetzung des §. 142 Abs. 2 erfüllt. Mitgläubigern, welcher der Nachweis nicht genügt, können dann ihre Einwendungen erheben, welche nach §. 150 und beziehungsweise §. 146 Abs. 2 behandelt werden.

e. (soweit der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war).

Der Kautionsanspruch — sagen die Motive zum II. E. S. 281 — ist ein unbedingter, dieser muß daher auch im Konkurse unbedingt berücksichtigt werden [7]). Das Vorhandensein eines solchen Kautionsanspruches wird die Regel bilden [8]); indessen kommt diese Frage nach den Bestimmungen des einschlägigen Civilrechtes zu beurtheilen [9]).

Die Berücksichtigung findet (wie bereits bemerkt) auch hier nur in provisorischer Weise, durch Zurückhaltung des Antheiles statt. Wie sich daher nachträglich die Bedingung als unerfüllt oder unerfüllbar zeigt, so muß der zurückbehaltene Betrag zur Nachvertheilung gebracht werden.

---

§. 143.

Nachträgliche Berücksichtigung ausgeschlossener Gläubiger.

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt worden sind, [a]) können nachträglich [b]), sobald sie die Vorschriften der §§. 140, 141 erfüllt haben [c]), die bisher festgesetzten Prozentsätze [d]) aus der Restmasse [e]) verlangen [f]), soweit diese reicht [g]) und nicht in Folge des Ablaufs einer Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung zu verwenden ist [h]).

I. E. §. 155; II. E. §. 143; Pr. H. E. —; Pr. K. O. —; B. Pr. O. —.

a. (Gläubiger, welche nicht berücksichtigt worden sind.) Warum dies der Fall war, ist ohne Einfluß. Ob sich ein Gläubiger

---

7) Aber eben auch nur durch Zurückbehaltung des Antheiles, denn weiter — auf Auszahlung — geht ja der Kautionsanspruch seiner Natur nach nicht.

8) Wenn auch zuzugeben ist, daß „Kautionsnothwendigkeit für bedingte Forderungen überhaupt zu postuliren" wenigstens nach Gemeinem Rechte nicht begründet sein dürfte, vgl. Brinz a. a. O.

9) In dem wichtigen Falle des von der Nichteinlösung des Wechsels am Verfalltage abhängigen Regreßanspruches ist durch Art. 29 der A. D. WO. die Kautionspflicht anerkannt.

zur Zeit einer Abschlagsvertheilung noch nicht gemeldet hatte, ob seine Forderung noch nicht geprüft war, ob er vom Gerichte auf Grund erhobener Einwendungen (§. 146) oder vom Verwalter wegen mangelnder Nachweise (§§. 140 ff.) zurückgewiesen, oder ob er sich freiwillig nicht gemeldet hatte, ist völlig gleichgültig.

b. (können nachträglich).

„Der §. 143 bringt das System zum Abschlusse, welches von der Deutschen Konkursordnung an die Stelle des gemeinrechtlichen Präklusions-Verfahrens gesetzt wurde [1]). Die in dem letzteren angenommene formelle und absolute Präklusion von Forderungen, welche nicht rechtzeitig angemeldet und nachgewiesen wurden, soll durch eine thatsächliche und relative Ausschließung ersetzt werden, wie solche bei der Aufhebung der formellen und absoluten Präklusion nothwendig ist, damit auf der anderen Seite die Abwicklung des Konkurses nicht gehemmt wird, sondern in festen Bahnen fortschreiten kann.“ (Motive.)

c. (sobald sie die Vorschriften der §§. 140, 141 erfüllt haben).

Dieser Ausdruck ist nicht wörtlich zu nehmen; denn in den §§. 140 und 141 lautet die Vorschrift dahin, daß „bis zum Ablaufe einer zweiwöchentlichen Ausschlußfrist“ Nachweis geliefert sein muß. Daß dies nachträglich, wenn einmal die Ausschlußfrist abgelaufen ist, nicht mehr geschehen kann, ist klar. Aber es ist auch nicht gemeint, daß die verspäteten Gläubiger die Vorsteckung einer neuen Ausschlußfrist verlangen können, und dann an diese gebunden sind. Das Gesetz will vielmehr sagen: „auch wenn die in §. 140 und 141 erwähnte Ausschlußfrist versäumt ist, können Gläubiger der in §§. 140 und 141 bezeichneten Kategorie, sobald sie die in §§. 140 und 141 für jede dieser Kategorieen vorgeschriebenen Nachweise geliefert haben, eine nachträgliche Berücksichtigung verlangen.“ Da der ganze §. 141 citirt wird, so kann ein Absonderungsberechtigter (sofern es sich nicht um die Schlußvertheilung handelt) Berücksichtigung be-

---

1) Die Motive (zum I. E. S. 114 ff. des II. Bds.) erörtern in vortrefflicher Weise die drei möglichen Systeme (soferne man das unbedingte gemeinrechtliche Präklusionssystem nicht mitrechnet) und führen gründlich aus, weshalb es nicht richtig sei, die verspäteten Gläubiger mit den Dividenden, welche bisher bezahlt wurden, auszuschließen und weshalb es auch nicht genüge, wenn bei den Nachvertheilungen die verspäteten Gläubiger mit ihrem vollen Forderungsbetrage, die übrigen nur mit ihren Restforderungen bei der Dividendenberechnung berücksichtigt werden. Ferner sind die legislativen Gesichtspunkte für die verschiedenen Systeme dargelegt und erörtert, weshalb das im Gesetze adoptirte gewählt wurde.

gehren, sei es, daß er den Nachweis, wie er in §. 141 Abs. 1 verlangt ist, nachbringt, oder sei es, daß er nur nach Abs. 2 des §. 141 die Betreibung der Veräußerung und den muthmaßlichen Ausfall nachträglich nachweist.

d. (die bisher festgesetzten Prozentsätze).

Der verspätete Gläubiger kann nicht besser gestellt sein, als derjenige, welcher sich rechtzeitig gemeldet hat. Er kann daher auch nicht mehr fordern, als ihn getroffen hätte, wenn er rechtzeitig erschienen wäre. Gesetzt also die mit 50,000 Mk. festgestellten Gläubiger A, B, C und D haben in einer Abschlagsvertheilung 10,000 Mk. unter sich zu theilen gehabt und also 20% Dividende erhalten. Nun meldet Gläubiger F einen Wechsel mit 5000 Mk. nachträglich an, derselbe wird geprüft und allgemein anerkannt. Inzwischen ist eine Masse von weiteren 10,000 Mk. flüssig geworden. Natürlich kann nun F nicht vorweg seine vollen 5000 Mk. fordern, sondern nur seine 20%, also 1000 Mk. Dagegen steht natürlich Nichts im Wege, mehrere Prozentsätze zu verbinden. Z. B. A hat 10,000 Mark angemeldet, die Forderung wurde vom Verwalter bestritten; A, der seiner Sache sicher ist, will das Endurtheil in seinem Feststellungsprozesse abwarten und rührt sich bei zwei Abschlagszahlungen, bei deren erster 10%, bei deren zweiter 5% vertheilt werden, nicht. Ehe die dritte Vertheilung, bei welcher weitere 6% in Aussicht stehen, vor sich geht, legt er aber sein Urtheil vor und verlangt nun seinen Antheil. Hier erhält er 21%, nemlich die 10% von der ersten, die 5% von der zweiten her und zugleich die neuen 6%. Mit den beiden ersten geht er allen anderen vor, so daß, wenn die disponible Baarmasse nicht reichen würde, einschlüssig dieser 1500 Mark die 6% der dritten Vertheilung zu decken, nicht an den 1500 Mark gekürzt werden darf, sondern die beabsichtigten 6% gemindert werden müssen.

e. (aus der Restmasse).

Durch die Worte „aus der Restmasse" im Zusammenhalte mit den Bestimmungen der §§. 140—142 wird einerseits denjenigen Gläubigern, welche die gesetzlichen Vorbedingungen zur Empfangnahme von Zahlungen bezw. Abschlagszahlungen erfüllt und deshalb solche erhalten haben, der nothwendige Schutz gegen jedwede Rückforderung und Rückzahlung gewährt. Diejenigen Gläubiger, welche die Vorbedingungen entweder nicht erfüllen konnten oder die Erfüllung bezw. die Frist hiezu versäumt haben, können nicht verlangen, daß das bisher Geschehene wegen ihrer Verspätung ungeschehen gemacht werde; den Schaden müssen sie tragen, auch wenn sie

entschuldbar sich versäumt haben, sie haben sich eben versäumt und bleiben deshalb den anderen Gläubigern nachgesetzt [2]).

Wenn gar keine Restmasse vorhanden ist, erhalten die Verspäteten Nichts; reicht sie nicht, so müssen sie sich mit dem Vorhandenen begnügen. Mehrere theilen die Restmasse pro rata; aber auch hier gehen die Bevorzugten den gewöhnlichen Gläubigern vor [3]).

Nehmen wir z. B. an: es hatte eine Abschlagsvertheilung von 10% stattgefunden; der A mit 10,000 Mk. Wechselforderung und der B mit 5000 Mk. Waarenschuld sind im Prüfungstermin streitig geblieben und haben den Nachweis des §. 140 rechtzeitig nicht geliefert. Dr. C hat an ärztlichen Deserviten 500 Mark zu fordern und dafür einen Brillantring des Gemeinschuldners, welcher angeblich 300 Mark werth ist, als Pfand; er hat aber von der Abschlagszahlung für seinen Ausfall den Nachweis des §. 141 Abs. 2 nicht erbracht. Nach einigen Wochen melden sie sich alle drei, Dr. C mit dem Nachweis, daß an dem angeblichen Brillantring nur in Gold gefaßte pierres de Strass waren und er dafür nur 26 Mk. löste (wovon 6 Mark für Kosten abgehen), beim Verwalter, welcher aber erklärt, die Restmasse betrage nur 1200 Mark. Der Prozentsatz beträgt für A 1000 Mark, für B 500 Mk., für C 48 Mk. [4]) Hier erhält nun vor Allem C seine 48 Mk. als bevorrechtigt nach §. 54 Ziff. 4 [5]), sodann theilen sich in den Rest von 1152 Mk. A und B nach Verhältniß, so daß A 768 Mk., B 384 Mk. empfängt.

f. (verlangen).

I. Das Gesetz sagt nur „verlangen", nicht „ausgezahlt verlangen", das heißt der Nachzügler kann auch in dieser Hinsicht nicht besser gestellt sein, als wenn er rechtzeitig gekommen wäre, und wenn er nach der Beschaffenheit seiner Forderung und seine Nachweise nicht die wirkliche Auszahlung, sondern nur eben Zurückbehaltung fordern konnte, so kann auch ein nachträgliches Verlangen nicht weiter gehen. Indessen ist dies stets nach dem Zeitpunkte der Nachforderung zu bemessen. Wenn z. B. der bei der Abschlagsvertheilung noch nicht angemeldete absonderungsberechtigte

---

2) Das heißt in Bezug auf die früher vorhandene Masse, hinsichtlich der Restmasse gehen sie, wie soeben erörtert wurde allerdings vor.

3) Ebenso v. Sarwey S. 718 und v. Wilmowski S. 431, während Hullmann S 292 streng nach der Zeit der Nachmeldung die Nachzügler ohne Rücksicht auf ihr Vorrecht befriedigt wissen will, was gewiß nicht richtig ist.

4) Sein Ausfall beträgt nach Obigem 480 Mk.

5) Er kann unter Umständen auf Grund des §. 157 der KO. die vollen 480 Mk. erhalten.

Gläubiger A sich nachträglich meldet und den Nachweis der Betreibung der Veräußerung des Absonderungsgegenstandes liefert, so kann er nicht die Auszahlung, sondern nur die Zurückbehaltung des auf seinen glaubhaft gemachten Ausfall treffenden Dividendentheils fordern. Wäre aber z. B. die Abschlagsvertheilung am 1. Juni gewesen, zu welcher Zeit der Wechselgläubiger B, dessen Anmeldung bestritten ist, nur Klage gestellt hatte, weshalb er, wenn er sich damals zur Vertheilung gemeldet, nur eine Zurückhaltung seiner Prozente hätte fordern können, so hindert dies doch nicht, daß wenn er am 1. Juli sich mit dem rechtskräftigen Urtheile, welches seinen Anspruch feststellt, meldet, ihm die damaligen Prozente nun wirklich ausbezahlt werden müssen.

II. Es steht natürlich nicht im Belieben des Verwalters, ob er dem Verlangen des Nachzüglers Rechnung tragen wolle oder nicht; vielmehr können die verspäteten Gläubiger die Nachzahlung nicht blos verlangen, sondern sie müssen sie auch, sofern sie die im Gesetze vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt haben, erhalten. Durch das Wort „verlangen" soll nur ausgedrückt werden, daß die nachträgliche Berücksichtigung der in diesem Gesetzesparagraphen erwähnten Gläubiger nicht von Amtswegen, sondern nur auf ihren Antrag [6]) zu geschehen hat, und daß, wenn sie den letzteren innerhalb der gesetzlichen Frist nicht stellen, alsdann die auf ihre Forderungen treffenden Beträge in die allgemeine Theilungsmasse bezw. in die nach der ersten Vertheilung noch übrig gebliebene Restmasse oder in die etwa weiter angewachsene Masse fallen. Einer Befragung des Gläubigerausschusses und einer Genehmigung desselben zur Nachzahlung bedarf es nicht [7]).

„Ob dem Antrage ohne Weiteres stattzugeben, oder eine neue Vertheilung abzuwarten ist, hängt von den Umständen ab", sagen die Motive. Es ist richtig, daß sich dies nach den Worten des Gesetzes: „sobald sie — erfüllt haben", eigentlich nicht halten läßt. Denn wenn ich Etwas verlangen kann, sobald ich diese oder jene Bedingung erfüllt habe, so muß ich auch sofort befriedigt werden. Allein es ist aus praktischen Gründen wohl das „sobald" nur als „soferne" auszulegen und es ist in das Ermessen des Verwalters zu legen, ob er sofort oder erst gelegent-

6) Mit Recht bemerkt v. Wilmowski S. 431 Nr. 3, daß die bloße nachträgliche Anmeldung einer Forderung noch nicht das Verlangen auf Nachzahlung der bisher vertheilten Prozente enthält, sondern dieses Verlangen ausdrücklich und an den Verwalter zu geschehen hat.

7) Ebenso Meisner S. 320 Note 2. Dagegen hält Stieglitz S. 369 den §. 138 der KO. auch für die Befriedigung von Nachzüglern maßgebend.

lich der nächsten Abschlags- bez. der Schluß-Vertheilung die Nachzügler berücksichtigen will. [8])

g. (soweit diese reicht).

Es ist nicht die faktische Größe allein maßgebend, sondern die disponible Restmasse kommt in Frage.

Wenn daher z. B. die Umstände sich so gestaltet haben, daß nachträglich Masseforderungen vorhanden sind, bezüglich welcher noch keine Präklusion nach §. 159 der KO. eingetreten ist, so ist der Verwalter keineswegs verpflichtet, das gesammte Baargeld, welches die Masse bildet, den verspäteten Gläubigern auszuzahlen. Besteht nur die Besorgniß, daß noch Massegläubiger vorhanden sind, die sich melden könnten, so hat unzweifelhaft der Verwalter, bevor er die verspäteten Konkursgläubiger auszahlt, in analoger Anwendung des §. 139 der KO. eine öffentliche Bekanntmachung zu erlassen, um Regreßansprüche und Kondiktionen Seitens der durch Befriedigung der verspäteten Gläubiger etwa verkürzten Masseforderungsberechtigten zu vermeiden [9]). Daß übrigens zur Restmasse in dem Sinne des §. 143 auch diejenigen Beträge gehören, welche gemäß §§. 144 und 153 aus einer früheren Abschlags-Vertheilung etwa zurückfließen oder frei werden, versteht sich von selbst, indem eine Präklusion der bezüglichen Forderungen nur auf Höhe des zur Auszahlung der festgesetzten Prozentsätze erforderlichen Massebestandes eingetreten ist und daher auf die später eingetretene Erhöhung dieser Prozentsätze von Niemanden begründeter Anspruch erhoben werden kann.

h. (für eine neue Vertheilung zu verwenden ist).

Der Schlußsatz des §. 143 gibt eine weitere sehr erhebliche Einschränkung des Nachforderungsrechtes der Verspäteten. Es ist oben (lit. c) bemerkt worden, daß der Anspruch auf die nachgeforderten Dividenden

---

8) Ich vertrat in erster Auflage die andere Ansicht, accommodire mich aber der communis opinio der sämmtlichen übrigen Commentatoren. Meisner nimmt (S. 321) an, der Konkursverwalter thue am Besten, um etwaige Regreßansprüche von Massagläubigern zu vermeiden, immer bis zur nächsten allgemeinen Vertheilung zuzuwarten.

9) Ebenso v. Sarwey S. (604) 717, Petersen S. 426. Noch weiter gehen v. Wilmowski S. (279) 430 und Wengler S. 578, welche ein förmliches Vertheilungsverfahren nach Maßgabe des §. 139 für zulässig erachten, und anderseits Hullmann S. 292 und Stieglitz S. 568, welche die Eröffnung einer Präjudizialfrist für die Massegläubiger für nöthig halten. Dagegen ist Meisner S. 521 der Ansicht, daß weder eine Bekanntmachung erforderlich ist, noch den Massagläubigern eine Frist vorgesetzt werden kann.

dem Anspruche auf neue Dividenden vorgehe. Dies ist aber nur richtig, wenn der Verspätete sich gemeldet hat, bevor die Ausschlußfrist für eine weitere Vertheilung abgelaufen ist. Ein Beispiel macht dies klar: Gesetzt der A (in lit. d) meldet sich erst am 12. März, während der Verwalter die dritte Abschlagsvertheilung von disponibeln 12,000 Mark bereits am 15. Februar (in einem am 17. Februar ausgegebenen Blatte) öffentlich bekannt gemacht hatte, so hat er (nach §. 140 letzter Absatz) jedenfalls auf die von den übrigen Gläubigern neu zu beanspruchende Dividende von 6 % keinen Anspruch, da seine Forderung bei der Vertheilung nicht berücksichtigt werden darf. Er kann aber, weil die Gläubiger mit rechtzeitig festgestellten Forderungen durch den Ablauf der Ausschlußfrist quasi ein ausschließliches Recht auf die 12,000 disponibeln Mark verlangt haben, auch mit seinen Dividenden aus der früheren Zeit nicht mehr ankommen, sondern er muß nun mit seinen drei Dividenden warten, bis wieder eine Masse zusammenkommt.

---

§. 144.

Rückfall unerhobener Antheile.

Die Antheile, mit welchen Gläubiger nach Maßgabe des §. 141 Abs. 2 oder des §. 142 Abs. 1 bei Abschlagsvertheilungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlußvertheilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des §. 141 Abs. 1 oder des §. 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind.

I. E. —; II. E. §. 144; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —

I. Die Bestimmungen dieses Paragraphen sind natürliche Folgesätze der in §. 141 und 142 enthaltenen Prinzipien. Nachdem diese letzteren nicht eine dauernde Sicherung auch für die Zeit nach dem Konkurse für die lediglich unter einer Bedingung berechtigten Gläubiger [1]) zulassen, sondern nur eine provisorische Sicherung für die Zeit während des Konkurses gewähren, so muß bei der Schlußvertheilung nothwendigerweise rei-

---

1) Hiezu kann man die Absonderungsberechtigten rechnen; denn ihr Anspruch, aus der gemeinen Masse befriedigt zu werden, hängt gleichsam von der Bedingung ab, daß sie ihr Geld nicht aus dem Absonderungsobjekte erhalten; juristisch freilich ist zwischen beiden ein großer Unterschied, vergl. K. Prt. S. 103.

ner Tisch gemacht werden. Die zurückbehaltenen Antheile können nicht länger und in unbestimmte Ferne zurückbehalten werden, sie werden vielmehr frei, soferne nicht die Voraussetzung für ihre Zuwendung an die suspensiv Berechtigten zu dieser Zeit als eingetreten nachgewiesen ist.

Man kann nicht läugnen, daß diese Bestimmungen hart erscheinen [2]; insbesondere für denjenigen, dessen Anspruch von einer Bedingung abhängt, deren Erfüllung zu erzielen nicht in seiner Macht steht. Der Absonderungsberechtigte wird seltener in diese Lage kommen; ihm wird es so ziemlich immer möglich sein, die Veräußerung rechtzeitig zu erzielen, soferne er nur die nöthige Energie anwendet [3]). Man hat denn auch bei der Berathung wiederholt und mit vielem Scharfsinne eine Besserung herbeizuführen sich bemüht. So beantragte Dr. v. Sarwey [4]), den §. 144 folgendermaßen zu fassen [5]):

„Die Antheile, mit welchen Gläubiger nach Maßgabe des §. 141 Abs. 2 bei Abschlagszahlungen berücksichtigt worden sind, werden bei der Schlußvertheilung zur Sicherung der Deckung ihres wirklichen Ausfalls zurückbehalten. Ist innerhalb eines Jahres von [6]) dem Ablaufe der Ausschlußfrist an der Beweis des Verzichts oder des Ausfalls nach Maßgabe des §. 57 nicht geführt, so werden diese Antheile frei."

Hiezu sollte dann der entsprechende Zusatz kommen:

„Die Antheile, mit welchen Gläubiger nach Maßgabe des §. 142 Abs. 1 bei Abschlagszahlungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlußvertheilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des §. 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind."

Eine ähnliche Aenderung formulirte der Abg. Dr. Websky. Allein die hiefür vorgebrachten Gründe, „daß es inkonsequent erscheine, von dem

---

2) Vgl. oben zu §. 142.

3) Und wenn, was von der Weisheit der Partikulargesetzgebungen wohl zu erwarten ist, die neuen Subhastationsordnungen eine prompte Immobiliarexekution gewähren.

4) K. Prt. S. 100. Bei der zweiten Lesung wurde der Versuch für die Immobiliargläubiger erneuert, vgl. K. Prt. 178.

5) Ich weiche hier von meiner Sitte, die nicht zum Gesetze erhobenen Vorschläge früherer Entwürfe und der Kommissionsmitglieder, als in der Praxis nicht von Interesse, zu übergehen, nur deshalb ab, weil sie als ebensoviele argumenta e contrario den Sinn des Gesetzes vollständig klar stellen.

6) In den gedruckten Protokollen heißt es zwar: vor, indessen ist dies offenbar ein ungetauft gebliebener Druckheide.

zufälligen Umstande, ob gerade im Momente der Schlußvertheilung die Veräußerung schon erfolgt sei oder nicht, den Verlust des Anspruches abhängig zu machen, daß überhaupt dieser Rückfall in das Präklusionssystem prinzipwidrig und materiell ungerecht sei" u. s. w. wurden nicht als genügend erachtet. Man brachte hiegegen vor [7]): „Eigentlich sollen Absonderungsberechtigte, welche nicht mit ihrer Befriedigung bereits effektiv durchgefallen sind, überhaupt nicht im Konkurse berücksichtigt werden; §. 141 Abs. 2 sei schon eine Anomalie (App.-Rath Hauser). Auch werde die Geltendmachung der Absonderungsrechte in den meisten Fällen bis zur Schlußvertheilung durchgeführt sein; Mobiliarveräußerungen ohnehin, aber auch Subhastationen von Immobilien ließen sich gleichfalls bis dahin beendigen [8]); geschehe dies nicht, so habe dies seinen Grund entweder darin, daß die Forderung des betreffenden Pfandgläubigers bestritten sei, — dann habe er auf besondere Rücksichten keinen Anspruch, oder daß der Pfandgläubiger spekulire, das ist, auf bessere Verkaufsgelegenheit warte —, das solle nicht erleichtert, sondern verhindert werden (Abg. Schröder). Was übrigens die Immobiliargläubiger betreffe, so sei thatsächlich zu unterscheiden zwischen unzweifelhaft gedeckten, zweifelhaft gedeckten und unzweifelhaft ungedeckten Hypotheken; die guten und die schlechten Hypotheken kämen hier nicht weiter in Betracht, für dieselben sei die Sache ziemlich gleichgiltig. Die mittleren Hypotheken [9]) aber, für welche die Frage hauptsächlich von Bedeutung erscheine, seien gewöhnlich in letzter Zeit vor dem Konkurse entstanden durch nicht immer lautere, aber nicht immer anfechtbare Bestrebungen, sich vor anderen Gläubigern mittelst Sicherheitsbegehr für früher entstandene Forderungen zu retten; im Allgemeinen verdienten daher diese Hypotheken keine besondere Fürsorge (Reg.-Rath Hagens). Ueberdies sei die einjährige Frist ein ebenso willkürlicher und zufälliger Zeitpunkt, wie die Schlußvertheilung (Reg.-Rath Hagens und Geh. Oberjustizrath Herz). Da nun aber §. 57 einen theilweisen Verzicht zulasse, und wer die Größe des muthmaßlichen Ausfalles berechnen könne, wohl auch die Summe zu berechnen vermöge, mit welcher auf Abrechnung zu verzichten sei, so er-

---

7) Die Ursache, weshalb ich hier ausnahmsweise diese verschiedenen rationes dubitandi de lege ferenda vorführe, während sich ein Kommentar eigentlich nur mit der lex lata zu befassen hat, ergibt sich bei Nr. II.

8) „Die Landesgesetzgebung habe für prompte Zwangsvollstreckung an Immobiliar zu sorgen" (Abg. Hullmann).

9) Diese mittleren Hypotheken nahm Abg. Dr. Websky replicando sehr in Schutz.

gebe sich mit Leichtigkeit das Mittel, sich vor Schaden zu bewahren, indem man auf die Höhe des muthmaßlichen Ausfalles auf das Absonderungsrecht verzichte. Andernfalls, wenn man einen „muthmaßlichen Ausfall“ noch bei der Schlußvertheilung berücksichtigen müsse, würde jeder absonderungsberechtigte Gläubiger seiner Sicherheit halber einen solchen anmelden und man käme hiedurch auf einem Umwege wieder dazu, daß die Ausschüttung der Masse bis zur Durchführung aller Spezialprozesse aufgeschoben würde.“

Dies die Gründe der obigen Vorschrift.

II. Es frägt sich nun aber: gilt das so eben erörterte Prinzip ganz allgemein, also nicht blos für den Fall einer verschuldeten Versäumung, sondern auch bei in Mitte liegender höherer Gewalt oder sonstigem dem Gläubiger völlig unzurechenbaren Zufalle? Kann auch wegen unverschuldeter Hindernisse keine Fristverlängerung beansprucht oder Wiedereinsetzung gegen die abgelaufene Frist begehrt werden? Hierüber gibt der §. 144 keinen Aufschluß. Es ließe sich nun sagen: „der Umstand, daß in den hier in Frage stehenden Gesetzartikeln nirgends Erwähnung von Fristverlängerungen und Wiedereinsetzungen geschieht, sei noch kein Beweis, daß der Gesetzgeber diese Rechtsmittel ausschließen wollte; es müsse vielmehr gerade wegen dieses Stillschweigens angenommen werden, der Gesetzgeber habe es als selbstverständlich betrachtet, daß die allgemeinen Grundsätze und Bestimmungen der Civ.-Pr.-O. über Fristverlängerungen und Wiedereinsetzungen auch bei der hier in Frage stehenden Materie gelten, eben weil dieselben allgemeiner Natur sind und weil auch in §. 65 der KO. ganz allgemein verordnet ist, daß die Vorschriften der Civilprozeßordnung auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen der KO. sich Abweichungen ergeben. Letzteres sei aber bezüglich der vorliegenden Frage nicht der Fall, denn es lasse sich kein haltbarer Grund denken, aus welchem die Fristverlängerungen und Wiedereinsetzungen mit den Bestimmungen der §§. 140—142 der KO. unvereinbar wären. Ueberdies spreche für die Zulassung besagter Rechtsmittel auch im vorliegenden Falle die Gerechtigkeit und natürliche Billigkeit, denn es wäre nicht abzusehen, warum z. B. ein Gläubiger, welcher gerade am letzten Tage vor dem Ablaufe der Frist zum Nachweise, daß er die Feststellungsklage erhoben oder bezw. die Veräußerung des seine Forderung schützenden Absonderungsobjektes betrieben habe, plötzlich von einer Krankheit befallen oder auf dem Wege zum Wohnorte des Verwalters durch ein Eisenbahnunglück an der rechtzeitigen Ankunft verhindert wird u. dgl., deshalb um seine Forderung kommen solle.“

Allein hiegegen ist zu erwägen, in welch' endlose Weitläufigkeiten hiedurch die Beendigung des Konkursverfahrens verwickelt würde; es ist ferner in Betracht zu ziehen, wie es auch bei Zulassung der fraglichen Rechtsmittel nicht immer vermieden wäre, daß der betreffende Gläubiger doch um sein Geld kommt [10]), und endlich ist darauf hinzuweisen, wie aus dem oben unter Nr. I dargelegten Gang der Berathung hervorgeht, daß man in der Kommission die in dem Gesetze liegende scheinbare Härte wohl geprüft, aber ohngeachtet aller im entgegengesetzten Sinne unternommenen Versuche das System aufrecht erhalten hat. Ich glaube, nach genauem Durchlesen der für und wider vorgebrachten Gründe wird man bei unbefangener Würdigung zu der Ueberzeugung kommen, das Gesetz wolle auch an die völlig schuldlose Versäumung, an die Hinderung des Nachweises durch höhere Gewalt den Verlust des Anspruches knüpfen. Lex dura, sed ita scripta.

---

§. 145.

Aenderung des Verzeichnisses.

Binnen drei Tagen [a]) nach dem Ablaufe der Ausschlußfrist [b]) hat der Verwalter die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erforderlichen Aenderungen [c]) des Verzeichnisses zu bewirken [d]).

I. E. —; II. E. §. 145; Pr. H. E. —; Pr. K. O. —; B. Pr. O —.

a. (Binnen drei Tagen).

Die nothwendigen Aenderungen an den Vertheilungsverzeichnissen müssen nach dem Wortlaute des Gesetzes mit Ablauf des dritten Tages bereits vollzogen sein und zwar (nach den Motiven S. 378, 379) deshalb, damit die Gläubiger Zeit haben, auch gegen diese Abänderungen ihre Einwendungen vorzubringen. Eine Zuwiderhandlung begründet eine Ordnungsstrafe gegen den Verwalter; ein weiteres Präjudiz aber ist nicht angedroht, es können daher die Aenderungen auch noch später im Verzeichnisse eingetragen werden. Endgiltig wird dasselbe erst im Schluß-

10) Wenn nämlich bei dem Einlaufe des Wiedereinsetzungsgesuches das Geld schon vertheilt ist, da eine Pflicht zum Rückersatz der bereits empfangenen Beträge auf Seite der Befriedigten alle Sicherheit und Ordnung im Konkursverfahren vernichten würde.

termine (§. 150) und bei Abschlagsvertheilungen, nachdem die Einwendungsfrist (§. 146) vorüber ist, festgestellt [1]). Natürlich kann aber, nachdem einmal die gesetzlichen drei Tage vorüber sind, nicht mehr der Verwalter eigenmächtig Aenderungen eintragen [2]), sondern es ist Sache der Gläubiger, welche durch den Nichteintrag geschädigt sind, ihre Einwendungen vorzubringen.

b. (nach dem Ablauf der Ausschlußfrist).

Dieser Ablauf tritt ein am Ende des sechszehnten Tages nach Ausgabe des Blattes, in welchem die Vertheilung bekannt gemacht wurde, vgl. oben §. 140 lit. c.

c. (die auf Grund der vorstehenden Bestimmmungen erforderlichen Aenderungen).

„Mit dem Ablaufe der Ausschlußfrist tritt für die Vertheilung, um deren Vornahme es sich handelt, die thatsächliche Präklusion der nicht geprüften, sowie derjenigen Forderungen ein, in Betreff deren der Gläubiger bis dahin unterlassen hat, die ihm obliegenden Nachweise beizubringen, es ist daher nunmehr der Verwalter in den Stand gesetzt und verpflichtet; das für die Vertheilung maßgebende Verzeichniß aufzustellen" (Motive).

Die Aenderungen, welche der Verwalter an dem Verzeichnisse vorzunehmen hat, bestehen darin, daß er diejenigen Minderungen, welche seit der Hinterlegung des ersten Verzeichnisses in Folge der Bestimmungen der §§. 140, 141 u. 142 wegen nicht erfolgter oder nicht rechtzeitig erfolgter Nachweise der Feststellungsklagen, Wiederaufnahmsgesuche, Verzichte, Ausfälle, des Eintrittes der Bedingungen und der hierdurch erwirkten Präjudize kraft des Gesetzes an den ursprünglich angemeldeten Forderungen eingetreten sind, in das Verzeichniß einträgt. Hiebei können natürlich auch diejenigen Korrekturen gemacht werden, welche zur Berichtigung von thatsächlichen Irrthümern dienen, die bei oder nach der Anfertigung des ursprünglichen Verzeichnisses untergelaufen oder zum Vorschein gekommmen sind.

---

1) Ebenso Fitting §. 41 Anmerk. 22, Hullmann S. 293, Petersen S. 428, v. Sarwey S. 607, Stieglitz S. 570, v. Wilmowski S. 432.

2) Denn hiedurch wären jene Gläubiger geschädigt, welche nach Ablauf der drei Tage das Verzeichniß eingesehen hatten, damals keinen Anlaß fanden, Erinnerungen zu erheben und doch wohl nicht gehalten sein können, jeden Tag wieder auf die Gerichtsschreiberei zu laufen, um nachzusehen, ob der Verwalter nicht nachträglich eine Aenderung eingetragen habe.

Ebenso kann natürlich der Verwalter neue, in der Zwischenzeit geprüfte Forderungen einstellen, soferne sie überhaupt bei der Vertheilung Berücksichtigung finden dürfen (vgl. §. 140 lit. a), dagegen darf er nicht den bisher zur Vertheilung bestimmten Massestand erhöhen [3]), weil ja dieser nicht im Verzeichniß steht und die in §. 139 vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung hiefür präjudiziell ist.

(Vgl. unten §. 147).

d. (zu bewirken).

Daß auch das mit den Abänderungen versehene Verzeichniß auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden muß, ist zwar im Gesetzestexte nicht vorgeschrieben, muß jedoch als ein Folgesatz aus den Bestimmungen des §. 139 betrachtet werden. Dagegen ist natürlich nicht nothwendig, daß die Abänderungen des Verzeichnisses vor der Vornahme der Vertheilung öffentlich bekannt gemacht werden, denn das ursprüngliche Verzeichniß ist nach §. 139 auch nicht zu veröffentlichen. Die Gläubiger müssen, um zu sehen, ob sie allenfallsige Einwendungen gegen das Verzeichniß gemäß §. 146 geltend zu machen haben, sich eben der Mühe unterziehen, in die Gerichtsschreiberei zu gehen.

---

§. 146.

Abschlagsvertheilungen. Frist zur Erhebung von Einwendungen.

Bei einer Abschlagsvertheilung sind Einwendungen gegen das Verzeichniß [a]) bis zum Ablauf einer Woche nach dem Ende der Ausschlußfrist [b]) bei dem Konkursgerichte zu erheben [c]).

Das Gericht entscheidet über die Einwendungen [d]). Die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird [e]), ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Beschwerdefrist beginnt [f]) mit dem Tage, an welchem die Niederlegung der Entscheidung erfolgt ist [g]).

I. E. §. 157; II. E. §. 146; Pr. H. E. Art. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Einwendungen gegen das Verzeichniß).

I. Dieser Ausdruck ist eingeschränkt zu interpretiren. Wenn der

---

3) Etwaige Minderungen durch unvorhergesehene Zufälle, z. B. Münzherabsetzung oder Verlust bei Couponseinziehung oder auch durch plötzlich auftretende Masseforderungen, müssen natürlich berücksichtigt werden; dies geschieht einfach bei der Prozentfestsetzung, indem diese sich geringer berechnet.

Absonderungsberechtigte A in dem Verzeichnisse beanstandet, daß er darin übergangen worden ist, so ist dies auch eine „Einwendung gegen das Verzeichniß", allein er kann diese durchaus nicht unbedingt nach §. 146 geltend machen. Es muß vielmehr unterschieden werden: will er das Verzeichniß deshalb beanstanden, weil er ohngeachtet seines erbrachten Nachweises über Ausfall oder Verzicht oder wenigstens Betreibung der Veräußerung in demselben nicht oder nicht in der beantragten Höhe aufgenommen wurde, — so ist die Einwendung zulässig. Wenn er aber dagegen, daß er übergangen wurde, sich beschwert und mit seinem Nachweise jetzt erst kommt, — so ist er nicht zu hören. Demnach läßt sich als Regel aufstellen, daß die innerhalb der Frist des §. 146 zu erhebenden Einwendungen solche sein müssen, durch welche nicht etwa die in §. 140, 141 u. 142 der KO. an die zweiwöchentliche Ausschlußfrist gebundenen Nachweise nachgeschleppt werden wollen.

II. Zum Vorbringen von Einwendungen berechtigt ist jeder Konkursgläubiger, sei es, daß er selbst nicht oder nicht so berücksichtigt ist, als er berücksichtigt werden zu sollen glaubt, sei es, daß er glaubt, ein anderer sei unrechtmäßiger Weise berücksichtigt. Der Gemeinschuldner hat ebensowenig Befugniß gegen das Verzeichniß aufzutreten, als er gegen Feststellungen im Prüfungstermine sich wehren kann. Massegläubiger haben kein Interesse, Einwendungen zu erheben, da sie ohnehin jederzeit ihre Befriedigung v o r den Konkursgläubigern begehren können. Gegner des Einwendenden ist der Verwalter und derjenige, gegen welchen sich die Einwendung richtet [1]).

Es ist also z. B. nicht dagegen Einwendung zu erheben, ob wirkliche Auszahlung oder nur Zurückbehaltung erfolgen soll. Dies kann auch noch nachträglich ausgetragen werden.

III. Nur gegen das V e r z e i c h n i ß, nicht gegen die Vornahme der Vertheilung selbst oder die Art derselben können Einwendungen erhoben werden. Dagegen ist es einerlei, ob die Einwendung gerichtet ist gegen die ursprüngliche Fassung des Verzeichnisses oder gegen die Aenderung oder auch Nichtänderung desselben nach Maßgabe der §§. 140 ff.

b. (b i s z u m A b l a u f e e i n e r W o c h e n a c h d e m E n d e d e r A u s s c h l u ß f r i s t).

Die Einwendungsfrist beträgt also im Ganzen d r e i Wochen von der öffentlichen Bekanntmachung der Abschlagsvertheilung an, nicht etwa

---

1) F i t t i n g §. 41 Anm. 1 drückt sich vielleicht richtiger dahin aus: „jeder Konkursgläubiger, welchem die beantragte Aenderung zum Nachtheile gereicht".

erst vom Ablaufe der drei Tage, innerhalb welcher der Verwalter das Verzeichniß berichtigen kann.

Die Berechnung erfolgt auch hier nach Analogie des §. 200 der Civ.-Pr.-O. Wenn daher am Montage den 1. Januar die Ausschlußfrist abgelaufen war, so haben die Gläubiger bis Montag den 8. Januar Abends Zeit, ihre Einwendungen gegen das Verzeichniß vorzubringen.

Nun ergibt sich aber folgendes Bedenken: das Gesetz supponirt offenbar die Berichtigung des Verzeichnisses durch den Verwalter innerhalb der ersten drei Tage der Einwendungsfrist. Wenn nun aber dies nicht geschehen ist; verlängert sich dann die Frist? Gesetzt, die Ausschlußfrist endigt Montag den 1. Januar; der Verwalter, welcher sehr viel zu thun hat, berichtigt das auf der Gerichtsschreiberei niedergelegte Verzeichniß erst am 8. Januar Nachmittag und erhöht in demselben einen Absonderungsberechtigten, der irrthümlich nur mit 1000 Mark vorkam, in Folge des von demselben gelieferten Nachweises auf 10,000 Mark[2]). Welches Recht haben die übrigen Gläubiger, wenn sie hiegegen Einwendungen erheben wollen? Sie können jedenfalls ihre Einwendungen hiegegen noch nachträglich vorbringen; sie können sich aber vor Allem auf die Unzulässigkeit der verspäteten Aenderung des Verzeichnisses berufen. (Vergl. oben zu §. 145 lit. a a. E.)

c. (bei dem Konkursgerichte zu erheben.)

Mittelst schriftlicher Eingabe ohne Anwaltszwang oder mündlich zum Protokoll des Gerichtsschreibers.

d. (das Gericht entscheidet über die Einwendungen).

Die Beschreitung des Prozeßweges ist ausgeschlossen (Motive); es denkt sich also das Gesetz eine einfache an keine bestimmte Formen geknüpfte Behandlungsart, ohne kontradiktorisches Verfahren, wobei jedoch natürlich dem Richter unbenommen ist, den Verwalter behufs Ertheilung von Aufklärungen zu hören.

e. (die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird).

Wird die erhobene Einwendung abgewiesen, so bedarf es keiner Niederlegung der Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei; denn in diesem Falle hat ja nur der Abgewiesene ein Interesse, sie inne zu werden.

---

2) Der Fall wird jedenfalls nicht oft praktisch werden; die Berichtigungen nach §. 145 werden fast immer nur Minderungen, nicht aber Erhöhungen der Forderungsbeträge und Vertheilungsberechtigten enthalten. Eine Aenderung, wie die im Texte als Beispiel erwähnte, wird nur bei anfänglichem Irrthume eintreten und daher dem materiellen Rechte entsprechen.

Einen solchen Bescheid muß der Richter, der allgemeinen Regel gemäß, dem Betheiligten [3]) zustellen lassen [4]). Wird dagegen eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet, [5]) so bedarf es keiner besonderen Zustellung an die Betheiligten [6]).

f. (die Beschwerdefrist [7]) beginnt).

Wie ist es in dem so eben erwähnten Falle der Abweisung, in solchem, wo die Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei nicht niedergelegt wird? Unstreitig muß auch dem Abgewiesenen eine Beschwerde zustehen, denn er hat ja dasselbe Interesse an einer richtigen Entscheidung wie die Uebrigen. Die Frist hiefür beginnt nach der allgemeinen Regel von der Zustellung an. Der Schlußsatz des §. 146 Abs. 2 will nur den Fall regeln, in welchem die Mitbetheiligten in Frage kommen, eben weil diesen keine spezielle Zustellung gemacht wird. Ebenso v. Sarwey a. a. O.

g. (erfolgt ist).

I. Der Verwalter ist verpflichtet, das Verzeichniß nach Maßgabe der ergangenen Entscheidungen richtig zu stellen. Wird in Folge einer Einwendung erklärt, diese oder jene Forderung sei nicht berechtigt, an der Vertheilung zu partizipiren, so ist der Gläubiger zu streichen. Umgekehrt ist er einzusetzen, wenn seiner Einwendung auf Berücksichtigung Recht gegeben wird. Abänderungen in Betreff der Forderungen und ihres An-

---

3) Nicht auch seinen Gegnern; hiezu ist kein praktischer Anlaß gegeben. Sie sehen ja die Abweisung in der Nichtänderung des Verzeichnisses. A. A. Fitting §. 41 Anm. 4, Stieglitz S. 572.

4) Man könnte allerdings aus obiger Bestimmung auch folgern wollen, daß überhaupt eine Entscheidung nur dann zu publiziren sei, wenn sie eine Berichtigung des Verzeichnisses involvire; außerdem werde die Einwendung einfach ignorirt. Allein dies wird durch den ersten Satz ausgeschlossen, wonach das Gericht „über die Einwendungen", also über alle erhobenen Einwendungen zu entscheiden hat. „Entscheidung" ist aber nur vorhanden, wenn der Richter seinen Beschluß auch kund gibt.

5) Und zwar ist es einerlei, ob diese Berichtigung in der I. Instanz oder auf ergriffene Beschwerde angeordnet wird; auch in letzterem Falle geschieht die Verkündung durch Niederlegung der Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei. Vgl. Fitting §. 41 Anm. 6.

6) Ebenso Fitting a. a. O. Anm. 5. Dagegen fordern v. Sarwey S. 724, Stieglitz S. 593 und v. Wilmowski S. 433 noch eine besondere Zustellung an alle Betheiligte. Weshalb hätte aber dann das Gesetz die Niederlegung angeordnet?

7) Ein Antrag des Abg. Kochann (K. Prt. S. 183) zu sagen: „die Frist für die etwa zu erhebende Beschwerde" wurde abgelehnt.

spruches auf Berücksichtigung sind unter Rubrik „Bemerkungen“ vorzutragen.

II. Die Abschlagsvertheilung kann richtigerweise eigentlich nicht vollzogen werden, bis die Erledigung der Einwendungen erfolgt ist. Abg. Hullman hatte zwar die sofortige Vornahme der Abschlagszahlungen auf Grund des vom Verwalter aufgestellten Verzeichnisses vorgeschlagen [8]) und glaubte, daß die Gläubiger hinreichend durch die Verantwortlichkeit des Verwalters gedeckt seien; allein die Mehrheit der Kommission stimmte nicht zu [9]). Demnach wird in der Regel die Entscheidung [10]) über die Einwendungen abzuwarten sein [11]) und haftet der Verwalter für die Zuwiderhandlung [12]).

Die weitere Folge dieser Vorschrift ist nun, daß diejenigen Einwendungen, welche innerhalb der wöchentlichen Frist nicht erhoben wurden, präkludirt sind [13]) und nicht bei der Schlußvertheilung nachgeholt werden können.

---

§. 147.

Festsetzung des Prozentsatzes.

Für eine Abschlagsvertheilung [a]) bestimmt der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters [b]) den zu zahlenden Prozentsatz [c]).

---

8) Er wollte auch keine zweiwöchentliche Ausschlußfrist bei solchen Abschlagsvertheilungen.

9) K. Prt. S. 105 u. 106.

10) Und zwar die rechtskräftige. A. A. v. Sarwey.

11) Ebenso v. Sarwey S. (610) 725 und Stieglitz S. 573.

12) Allerdings steht faktisch Nichts entgegen, daß der Verwalter eine Vertheilung nach einem solchen Maßstabe vornimmt, und daß — wenn die Einwendungen nachträglich als gerechtfertigt anerkannt werden — das Resultat der Schlußvertheilung der Entscheidung noch Rechnung tragen kann. Allein er thut dies eben auf sein Risiko. Hullmann S. 295 und v. Wilmowski S. 434 erachten denselben als hiezu berechtigt und Petersen S. 329 will auf Grund einer Aeußerung des Reg. Vertreters Hagens (Prt. S. 106) das richterliche Ermessen als maßgebend erachten.

13) Auch nicht von später Angemeldeten; aber auch nur gegen die konkrete Abschlagszahlung. Dadurch, daß versäumt wurde, eine Betheiligung des A an der ersten Abschlagsvertheilung zu beanstanden, ist Niemand verhindert, bei weiteren Vertheilungen die Anstände vorzubringen.

Der Verwalter hat den Prozentsatz den berücksichtigten Gläubigern mitzutheilen [d]).

I. E. §. 154; II. E. §. 147; Pr. H. E. —; Pr. K. O. —; B. Pr. O. —.

a. Für eine Abschlagsvertheilung.)

Hinsichtlich der Schlußvertheilungen und der Nachvertheilungen hat das Gericht über den Prozentsatz endgültig zu entscheiden (§. 149 Abs. 2 und §. 153).

b. (auf Antrag des Verwalters.)

Im I E. hieß es „nach Anhörung des Verwalters". Die geänderte Fassung läßt darauf schließen, [1]) daß das Gesetz will, der Gläubigerausschuß solle über den Antrag des Verwalters nicht hinausgehen können. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil der Verwalter haftbar wird, wenn er zu viel vertheilt.

c. (Prozentsatz).

Das Gesetz enthält keine näheren Bestimmungen darüber, in welcher Weise der Prozentsatz zu berechnen ist und welche Rechtsmittel denjenigen Gläubigern zu Gebote stehen, welche behaupten, daß der vom Verwalter oder bezw. vom Gläubigerausschusse festgesetzte Prozentsatz entweder im Ganzen oder dem Vertheilungsmaßstabe nach unrichtig sei.

Was den ersten Punkt betrifft, so ist die Festsetzung des Prozentsatzes eine durchaus einfache Rechnungsmanipulation. Es ist bei Abschlagsvertheilungen nicht erforderlich, ängstlich darauf Bedacht zu nehmen, den ganzen Massebestand bis auf die letzte Mark zur Vertheilung zu bringen. Dem Zweck entspricht ein annähernd passender Prozentsatz, möglichst in runder Zahl, welcher die leichte Berechnung der Dividende jedes einzelnen Gläubigers gestattet.

Hiebei ist zuvörderst zu beachten, daß auch bei einer Abschlagsvertheilung ein gewöhnlicher Gläubiger Nichts erhalten kann, so lange ein ihm vorgehender bevorzugter Gläubiger unbefriedigt ist. Es müssen also von der zur Vertheilung kommenden Summe zuvörderst die in §. 54 Ziff. 1—5 der KO. bezeichneten bevorrechtigten Gläubiger, und auch diese wieder nach der Reihenfolge ihres gesetzlichen Ranges ausbezahlt werden. Ferner müssen diejenigen Nachzügler mit ihren Dividenden aus früheren Vertheilungen vorweg berücksichtigt werden, welche sich wenn auch nach der öffentlichen Bekanntmachung der Abschlagsvertheilung (§. 139), so doch vor Ablauf der Ausschlußfrist gemeldet haben. Ebenso müssen die Massegläubiger ihre Deckung erhalten. Erst der alsdann noch verbleibende

---

1) Ebenso Petersen S. 430, v. Wilmowski S. 434. A. A. v. Sarwey S. 727.

Ueberschuß wird an die übrigen Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen ausgeschlagen, und zwar wie erwähnt nur approximativ

Gesetzt also z. B., der disponible Massebestand beträgt 13,475 Mk. 63 Pf., die zu berücksichtigenden Forderungen 42,938 Mk. 45 Pf., worunter ein Liedlohn mit 56 Mk. 50 Pf., so wird der letztere vorweg bezahlt, so daß der Prozentsatz aus 13,419 Mk. 13 Pf. nur für 42,881 Mk. 95 Pf. auszuschlagen kommt. Man nimmt nun aber nicht die sich rechnerisch ergebende Ziffer von $31\frac{258451}{857439}$ Prozent, sondern rund 30%. Die Ausschlagung auf die einzelnen Forderungen ist dann leicht, weil stets auf jede Mark Forderung so viel Pfennige treffen, als die Ziffer des angesetzten Prozentsatzes [2])

Ferner ist nicht aus den Augen zu lassen, daß die Vertheilung sich nur auf den in der öffentlichen Bekanntmachung als verfügbar bezeichneten Massebestand erstrecken darf. Die Vertheilung eines späteren Zuwachses zur Masse würde die an die Ausschlußfristen gebundenen Gläubiger schädigen und überhaupt dem im Gesetze festgehaltenen Systeme der präjudiziellen Beschaffenheit dieser Fristen widersprechen.

Den zweiten Punkt anlangend, die Behandlung etwaiger Einwendungen von Gläubigern gegen den angesetzten Prozentsatz bezw. die vom Verwalter oder vom Gläubigerausschuß vorgenommene Festsetzung der auf jeden Gläubiger treffenden Beträge, so glaube ich, daß, da für diesen Fall weder im §. 147 noch in einer anderen Gesetzesstelle Vorsehung getroffen wird, die Analogie des §. 146 wegen Gleichheit des Gesetzesgrundes in Anwendung zu bringen ist und also das Konkursgericht auch über diese Einwendungen zu entscheiden hat, und daß auch hier der Beschwerdeweg vorbehalten bleibt. [3]) Nur besteht in Fällen der vorliegenden Art noch eine Schwierigkeit darüber, ob die Gläubiger Einwendungen der vor-

---

2) Folgender abgekürzten Manipulation kann man sich bedienen: man läßt vorerst sowohl im Massebestand als in der Forderungssumme die Pfennige hinweg, dann rundet man (aber aufwärts) die Forderungssumme auf zwei Nullen in den beiden letzteren Ziffern ab (also im obigen Beispiel erhöht man die 42,881 Mark auf 42,900), dann streicht man die zwei Nullen weg (also 429) und dividirt mit der gekürzten Zahl in die gleichfalls (aber abwärts) abgerundete Zahl (also 13,400) des Massebestandes und ignorirt den bei der Division sich ergebenden Rest. Die so gefundene Ziffer ist der jedenfalls nicht zu hohe (in der Regel etwas zu niedrige, was aber nicht schadet) Prozentsatz.

3) A. A. Stieglitz S. 575; Fitting §. 41 Note 12.

liegenden Art erst an dem Auszahlungstermine[4]) vorbringen und geltend machen müssen, oder ob ihnen hiezu eine Frist offen steht und welche? Im Gesetz ist auch hierüber nichts bestimmt, es ist aber, wie ich meine, nicht nöthig, hier nach der Analogie zu greifen und ebenfalls den §. 146 in Anwendung zu bringen. Vielmehr ergibt sich aus der Natur der Sache, daß die Frist zur Vorbringung fraglicher Einwendungen von dem Tage an läuft, an welchem den Gläubigern vom Verwalter kundgegeben wurde, wie viel auf jeden derselben bei der Abschlagsvertheilung treffen soll, und daß die Einwendungen sofort und jedenfalls vor erfolgter Auszahlung der Prozente dem Verwalter kundzugeben sind. In dem Falle, wenn und in so weit die vorgebrachten Einwendungen von der Art sind, daß, wenn sie als begründet erkannt werden, eine Aenderung des Vertheilungsmaßstabes eintreten müßte, — muß wohl die Auszahlung nicht blos derjenigen Beträge, welche angefochten wurden, sondern auch derjenigen Beträge, welche im Fall einer für die Einwendungen günstigen Entscheidung einer Abänderung unterliegen müßten, vorläufig und bis zur rechtskräftigen Entscheidung unterbleiben.

d. (mitzutheilen).

I. Diese Mittheilung wird natürlich schriftlich zu geschehen haben; sie kann durch einzelne Briefe oder durch ein Circular erfolgen; sie kann aber nicht anstatt der schriftlichen Mittheilung durch Veröffentlichung in einem Blatte geschehen, weil diese Form ebenso wie die Mittheilung durch Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei stets im Gesetze speziell erwähnt wird und in diesem Falle dem Zwecke nicht entsprechen würde[5]).

Nur den „berücksichtigten Gläubigern" geschieht Mittheilung, dem Gemeinschuldner ist indessen, wenn er Kenntniß erhalten will (und diese kann ihm Behufs eines Vergleichsvorschlages immerhin von Werth sein), unbenommen, sich beim Verwalter zu erkundigen. Diejenigen Gläubiger, welche eine Berücksichtigung nicht finden, sind hievon schon vorher in Kenntniß gesetzt (vgl. §. 145) und der Prozentsatz geht sie nichts an. Indem das Gesetz sagt: mitzutheilen sei „der Prozentsatz", bestimmt es,

---

4) Vgl. jedoch lit. c.

5) Der §. 154 des I. E. hatte bestimmt: „der Prozentsatz ist öffentlich bekannt zu machen und die berücksichtigten Gläubiger sind besonders zu benachrichtigen." Daß die öffentliche Bekanntmachung im II. E. übergangen wurde, spricht entschieden für die im Texte gegebene Ansicht. Ebenso Fitting §. 41 Note 16, v Sarwey S. 728. Hullmann S. 295 bemerkt: die öffentliche Bekanntmachung genügt nicht, mag aber in größeren Konkursen räthlich sein.

daß die nach dem Prozentsatz zu ermittelnde Dividende den Gläubigern nicht mitzutheilen und also das Geld ihnen nicht zuzusenden ist, sondern von ihnen abgeholt werden muß. [6])

Der Verwalter kann hiefür einen Auszahlungstermin bestimmen; er muß es aber nicht. Am kürzesten ist es, wenn er seiner Mittheilung über den Prozentsatz gleich eine Anweisung (vgl. §. 125) für die betreffende Dividende auf die Hinterlegungsstelle beilegt.

II. Der Zeitpunkt, wann der Prozentsatz als „festgesetzt" zu erachten ist, hat eine erhebliche Wichtigkeit [7]). Es ist deshalb derselbe festzustellen. Auf Grund des Gerichtskostengesetzes (§. 51 Nr. 3) muß angenommen werden, daß nicht die Bestimmung des Satzes Seitens des Verwalters und bezw. des Gläubigerausschusses als der Zeitpunkt erscheint, in welchem der Vollzug der Abschlagsvertheilung für begonnen anzusehen ist, sondern erst der Moment, an welchem die Mittheilung des Prozentsatzes erfolgte. Bis zu diesem Zeitpunkte kann der letztere noch abgeändert werden; bis dahin können auch noch Masseansprüche Berücksichtigung finden. Vgl. §. 159 lit. b.

---

§. 148.

Aussetzung der Abschlagsvertheilung durch das Gericht

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners [a]), wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat [b]), die Aussetzung einer Abschlagsvertheilung anordnen [c]), sofern nicht schon die Ausschlußfrist [d]) abgelaufen ist.

I. E. —; II. E. §. 148; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. P. O. —.

a. (auf Antrag des Gemeinschuldners).

Eine Abschlagszahlung kann weder von Amtswegen noch auf Antrag von Gläubigern durch das Gericht suspendirt werden. Dagegen ist es natürlich zulässig, daß der Verwalter von sich selbst, oder auf Anstehen von Gläubigern weil ein Akkord in Aussicht steht, die vorgeschlagene Abschlagsvertheilung nicht in Vollzug setzt, bis über das Nichtzustandekommen des Akkordes Sicherheit besteht. Diese Befugniß ergibt sich aus §. 154 der KO.

---

6) Ebenso Stieglitz S. 576.

7) Vgl. z. B. §. 159.

b. (wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat).

Dasselbe gilt, wenn ein Dritter für den Gemeinschuldner und in dessen Namen einen solchen vorgeschlagen hätte. Der Antrag auf Aussetzung muß aber immer vom Gemeinschuldner selbst ausgehen; diesen Antrag kann der Dritte nicht stellen.

Der Vorschlag des Zwangsvergleiches muß der Vorschrift des §. 161 entsprechen, außerdem ist er nicht zu beachten. (Vgl. Prot. S. 107.)

c. (anordnen).

I. Wird der Antrag des Gemeinschuldners abgewiesen, so steht demselben die sorfortige Beschwerde zu [1]). Wird dem Antrage stattgegeben, also die Aussetzung angeordnet, so kann hiegegen der Verwalter und jeder Konkursgläubiger, welcher bei der Vertheilung Berücksichtigung finden sollte, sich beschweren [2]).

II. Daß der Amtsrichter (der Konkursrichter I. Instanz) die Abschlagsvertheilung nicht mehr aussetzen könne, wenn die Ausschlußfrist bereits abgelaufen ist, wird nach dem Wortlaute des Gesetzes angenommen. Sogar dann, wenn es sich um eine zweitinstanzielle Entscheidung handelt [3]). Dieser Ansicht bin ich nicht. Wenn der Antrag des Gemeinschuldners vor Ablauf der Ausschlußfrist eingekommen ist, wird die Frist gewahrt. Sonst stünde es ja in dem Belieben des Richters, durch Verzögerung der Entscheidung das ganze Recht illusorisch zu machen. Um so mehr, wenn die Entschließung erster Instanz bereits vor Ablauf der Frist ergangen ist. Hier wird jedenfalls durch die Beschwerde die Frist am Ablaufen gehindert. „Pendente appellatione nil innovandum.“

III. Die Anordnung auf Aussetzung bleibt in Kraft, bis über den Zwangsvergleich Beschluß gefaßt ist. Wird der Zwangsvergleich genehmigt, so ist ohnehin zu einer Abschlagsvertheilung kein Anlaß mehr. Wird der Vergleich verworfen, so kann der Verwalter, ohne eine Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses zu beantragen, weiter vorgehen.

d. (Ausschlußfrist).

Im Gesetz ist zwar nicht ausgesprochen, welche Ausschlußfrist hier

---

1) v. Sarwey S. 729; Stieglitz S. 578; v. Wilmowski S. 435.

2) Dies ist bestritten. v. Sarwey a. a. O.; v. Wilmowski a. a. O. stimmt mir bei. Stieglitz a. a. O. dagegen spricht nur dem Verwalter das Beschwerderecht zu. v. Sarwey a. a. O. bemerkt, wie ich glaube, richtig, daß ja die Gläubiger (wenigstens nach der Bekanntmachung auf Grund des §. 139) ein Recht auf Vertheilung haben.

3) Stieglitz S. 577 Note a; v. Wilmowski S. 436.

gemeint ist, nämlich ob diejenige von zwei Wochen, innerhalb welcher die in den §§. 140—142 vorgeschriebenen Nachweise beigebracht werden müssen, oder diejenige Frist, innerhalb welcher nach §. 160 der Gemeinschuldner den Zwangsvergleich bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung vorschlagen muß, und welch letztere Frist, inhaltlich desselben Paragraphen, mit dem Zeitpunkt abläuft, in welchem vom Gerichte gemäß §. 149 Abs. 2 die Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt wurde. Allein jedenfalls ist im §. 148 die ersterwähnte Frist gemeint, weil hiefür der technische Ausdruck „Ausschlußfrist" allein gebraucht wird [4]). (Vgl. oben S. 435.)

Es ist übrigens immer nur die bezügliche Ausschlußfrist gemeint; wenn z. B. eine Abschlagsvertheilung am 1. Februar öffentlich bekannt gemacht wird, und der Gemeinschuldner schlägt am 20. Februar einen Zwangsvergleich vor, so kann er diese Abschlagsvertheilung nicht mehr hindern; wenn aber der Verwalter am 1. März wieder eine weitere Abschlagsvertheilung ansetzen wollte, so kann der Gemeinschuldner mit Rücksicht auf seinen Zwangsvergleichsvorschlag gegen diese allerdings protestiren.

---

§. 149.

Schlußvertheilung.

Die Schlußvertheilung erfolgt, sobald die Verwerthung der Masse beendigt ist [a]).

Die Vornahme der Schlußvertheilung [b]) unterliegt der Genehmigung des Gerichts [c]).

I. E. §. 156; II. E. §. 149; Pr. H. E. Art. 925; Pr. KO. §. 272; B. Pr. O. —.

a. (beendigt ist).

Der Gesetzestext enthält keine nähere Bestimmung darüber, von welcher Zeit an und unter welchen Umständen die Verwerthung der Masse als beendigt zu betrachten ist.

---

4) Zu der Zeit des Ablaufes derselben ist ohnehin die andere Frist noch nicht verflossen, indem ja die Genehmigung des Gerichtes zur Vornahme der Schlußvertheilung gemäß §. 149 erst dann erfolgen soll, wenn die Verwerthung der Masse beendigt ist, in welchem Zeitpunkte von Abschlagsvertheilungen keine Rede mehr sein kann.

Die Motive (zum II. E. S. 380) bemerken, „man brauche nicht zu warten, bis alle Spezialprozesse über streitige Konkursforderungen erledigt seien, da für letztere unter der Voraussetzung des §. 140 durch Zurückbehaltung entsprechender Beträge gesorgt werde und der Gemeinschuldner nach bewirkter Liquidation seines Aktivvermögens ein Recht darauf habe, nicht länger durch die Streitigkeiten der Theilungsinteressenten in der Wiederaufnahme seiner freien Erwerbsthätigkeit gehindert zu werden." Allein wenn auch dieses zugegeben wird, wenn man davon ausgeht, daß eine absolute Beendigung der Feststellung der Passiven nicht nöthig ist, so läßt sich doch immer noch fragen, wann ist die Liquidation des Aktivvermögens als beendigt anzusehen? Wie soll es z. B. in dem Falle gehalten werden, wenn über ausstehende Aktivforderungen oder über andere Gegenstände, welche als Bestandtheile der Masse beansprucht werden, noch Prozesse anhängig oder wenn Massegegenstände vorhanden sind, gegen deren Veräußerung noch Hindernisse bestehen, — und in ähnlichen Fällen? Muß mit der Schlußvertheilung abgewartet werden, bis die Prozesse beendigt bezw. die Hindernisse beseitigt und die betreffenden Gegenstände veräußert sein werden?

Nach dem Wortlaute des ersten Absatzes des Gesetzestextes (insbesondere wegen des Wortes „beendigt") sollte man allerdings glauben, daß diese Frage bejaht werden müsse [1]), und hiefür ließe sich auch der §. 153 der KO. anführen, welcher von Nachtragsvertheilungen handelt und hiezu lediglich solche Beträge gezogen wissen will, welche bei einer früheren Vertheilung von der Masse zurückbehalten, nach der Schlußvertheilung aber frei geworden, oder welche aus der Masse bezahlt wurden, aber zu derselben zurückgeflossen sind, oder welche erst nach der Schlußvertheilung oder nach der Aufhebung des Verfahrens als zur Konkursmasse gehörig ermittelt wurden.

Unter keine dieser Rubriken passen die vorhin erwähnten Fälle. Indessen muß doch nach meiner Meinung die oben aufgestellte Frage dahin beantwortet werden, daß mit der Schlußvertheilung nicht abgewartet werden soll und darf, bis alle über Massebestandtheile etwa in Frage stehenden Prozesse und sonstigen Hindernisse der Liquidation beseitigt sind, sondern daß zur Schlußvertheilung jedesmal dann geschritten werden darf und muß, wenn die noch unerledigte Verwerthung im Verhältniß zur Gesammtmasse sich als unerheblich darstellt, wenn ferner ersichtlich ist, daß für die später flüssig werdenden Massebestandtheile nach richterlichem

1) Hiefür spricht sich auch mit sehr scharfsinniger Motivirung Stieglitz S. 579 aus.

Ermessen die spätere Vertheilung mit Rücksicht auf die hinaustreffenden Beträge keine unverhältnißmäßigen Weitläufigkeiten und Kosten verursachen wird, und wenn bezüglich der noch im Prozeß oder sonst im Ungewissen begriffenen oder mit sonstigen Hindernissen noch belasteten Massebestandtheile die Beseitigung dieser Hindernisse und bezw. Prozesse unter den vorliegenden Umständen noch in solcher Ferne liegt, daß ohne Verletzung der Billigkeit das Konkursverfahren nicht länger fortgeschleppt werden könnte.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Schlußvertheilung in der Regel der in §. 150 geordnete Schlußtermin vorausgehen muß [2]).

b. (die Vornahme der Schlußvertheilung).

Nur über die Vornahme, nicht über die Art der Schlußvertheilung ist die Genehmigung des Gerichtes einzuholen. Die Aufstellung des Verzeichnisses, die Berechnung u. s. w. erfolgt auch hier durch den Verwalter. Bevor aber dieser die in §. 139 vorgeschriebene Bekanntmachung für die Schlußvertheilung erlassen kann, muß er sich der Genehmigung derselben Seitens des Gerichtes vergewissert haben.

c. (Genehmigung des Gerichtes).

1. Es ist der Unterschied hervorzuheben, welcher besteht zwischen der Genehmigung zur Vornahme einer Abschlagsvertheilung (zu welcher nach §. 137 und 138, wenn kein Gläubiger-Ausschuß bestellt ist, der Beschluß des Verwalters allein, andernfalls der des Ausschusses genügt) und zwischen der Genehmigung zur Vornahme der Schlußvertheilung (bei welcher zuvörderst, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dieser seine Zustimmung zu ertheilen hat [3]) und außerdem die Genehmigung des Gerichtes hinzutreten muß).

Nach welchen Gesichtspunkten der Konkursrichter bei Ertheilung seiner Genehmigung verfahren soll, geht aus der Begründung des vorstehenden Paragraphen hervor.

Wie die Motive (a. a. O.) ausführen, geht das Gesetz davon aus, daß durch die Schlußvertheilung eine definitive und nicht wieder zu heilende thatsächliche Präklusion aller bis dahin nicht nach Vorschrift des Gesetzes geltend gemachten Ansprüche und Forderungen gegenüber der Konkursmasse bewirkt wird und daß durch die Vornahme der Schlußvertheilung die faktische Unmöglichkeit eintritt, vorgekommene Irrthümer und

2) Vgl. die Erl. zu diesem Paragraphen

3) Daß wenn für die Schlußvertheilung die Genehmigung des Gläubigerausschusses versagt wird, der Verwalter sich an die Gläubigerversammlung wenden kann, wurde schon bei §. 138 bemerkt.

Unregelmäßigkeiten innerhalb des Verfahrens wieder auszugleichen. Aus diesen Gründen wird der Richter, bevor er seine Genehmigung ertheilt, sowohl die Ausführung der früheren Vertheilungen, als auch die ganze Rechnungsführung des Verwalters einer abschließenden Revision unterziehen, und darnach den Kreis sowohl der jetzt noch zur Berücksichtigung kommenden Forderungen, als auch den Bestand der Restmasse endgültig feststellen. (Nach den Motiven.) Er wird ferner prüfen, ob die Vollziehung einer Nachvertheilung — wenn nach Vollziehung der Schlußvertheilung noch eine solche im Sinne des §. 153 oder durch den Anfall neuer Massebestandtheile, welche dem vorhin zu lit. a Erörterten zufolge nicht unter die Fälle des §. 153 subsumirt werden können, nothwendig wird — ohne Nachtheil für die Gesammtheit der Gläubiger, insbesondere auch der präkludirten, erfolgen kann. Er wird daher seine Genehmigung dann nicht ertheilen, wenn in Aussicht steht, daß noch erhebliche Werthe nachträglich flüssig werden; vielmehr wird er in einem solchen Falle dem Verwalter eine Abschlagsvertheilung anheimgeben [4]).

II. Schon aus dem bisher Vorgetragenen ergibt sich, daß gegen diese wichtige Entscheidung des Konkursrichters ein Rechtsmittel gegeben sein muß. Daß der Verwalter gegen die Verweigerung der nachgesuchten Genehmigung sich beschweren kann, geben sämmtliche Rechtslehrer zu. Aber ich glaube, daß auch die Genehmigung nicht unanfechtbar ist [5]). Der Gemeinschuldner hat das größte Interesse daran, daß der Konkurs nicht vorzeitig beendigt werde; ihm muß also meines Erachtens die sofortige Beschwerde — für welche die Frist von der öffentlichen Bekanntmachung des Schlußtermines an läuft — zugestanden werden [6]). Die Konkursgläubiger können gleichfalls wesentliche Gründe haben, das Schlußverzeichniß nicht vorzeitig festgestellt zu sehen. Nun steht ihnen zwar das Recht zu, im Schlußtermine Einwendungen zu erheben, und werden diese Einwendungen verworfen, so haben sie gegen die desfallsige Entscheidung

---

4) Der Grund ergibt sich aus einer Vergleichung der §§. 140—142 mit den §§. 144 und 153. Wird die Vertheilung als Abschlagsvertheilung vorgenommen, so können Gläubiger, welche die ihnen obliegenden Nachweise bis zu derselben nicht zu erbringen vermögen, doch noch an den später flüssig werdenden Eingängen partizipiren; wenn aber einmal die Schlußvertheilung erfolgt ist, so nützt es ihnen Nichts, wenn später noch so viel einkommt, denn da sie im Schlußverzeichniß nicht stehen, erhalten sie doch Nichts.

5) Wie dies Fitting §. 42 Note 3 und Stieglitz S. 581 annehmen.

6) Ebenso v. Wilmowski S. 438.

des Konkursrichters jedenfalls die sofortige Beschwerde. Allein diese Einwendungen können nur gegen das Schlußverzeichniß, nicht gegen die Ansetzung der Schlußvertheilung gerichtet werden. Will man also die Gläubiger nicht völlig rechtlos stellen, so muß man auch ihnen die Beschwerde einräumen [7]).

---

§. 150.

Schlußtermin.

Zur Abnahme der Schlußrechnung [a]), zur Erhebung von Einwendungen [b]) gegen das Schlußverzeichniß [c]) und zur Beschlußfassung der Gläubiger über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke [d]) bestimmt das Gericht einen Schlußtermin [e]), welcher nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus [f]) anzuberaumen ist.

Die Bestimmungen des §. 146 Abs. 2 finden auf die Schlußvertheilung Anwendung [g]).

I. E. §. 158; II. E. § 150; Pr. H. E. Art. 926 ff.; Pr. KO. §. 279; B. Pr. O. Art. 1302.

a. (Zur Abnahme der Schlußrechnung).

Wie die vom Verwalter abzulegende Schlußrechnung beschaffen sein muß, bestimmt §. 78; es sind die Erörterungen hierüber oben S. 78 ff. und auch die Einleitung zum Titel 5 S. 420 zu vergleichen [1]).

b. (zur Erhebung von Einwendungen).

Während bei Abschlagsvertheilungen die Einwendungen innerhalb einer gewissen Frist bei Gericht schriftlich einzureichen oder zu Protokoll zu geben sind (vgl. oben zu §. 146), sind die gegen das Schlußverzeichniß vorzubringenden Einwendungen im Schlußtermine selbst vorzutragen. Da dieser Schlußtermin in einer Gläubigerversammlung abgehalten wird, so findet Alles, was über Berathung und Beschlußfassung in solchen Versammlungen maßgebend ist (vgl. oben S. 137 ff.), auch für die Abhaltung

---

7) Bei der Verhandlung (Prot. S. 107) hat der Regierungsvertreter diese Ansicht gleichfalls vertheidigt. Ebenso Petersen S. 433, v. Sarwey S. 773.

1) Einwendungen gegen die Schlußrechnung und Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß sind wohl zu unterscheiden. Erstere kann auch der Gemeinschuldner erheben.

dieses Termines Anwendung. Es muß also derjenige, welcher Einwendungen erheben will, selbst erscheinen oder einen gehörig bevollmächtigten Stellvertreter schicken; mit schriftlichen Einwendungen wird der Gläubiger nicht gehört. Nachdem der §. 150 übrigens nur die „Erhebung" der Einwendungen in den Termin verweist und sofort von „Beschlußfassung" spricht, eine solche aber nur für die Gläubiger und über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke zuläßt, endlich der zweite Absatz eine besondere Verfügung trifft, so ergibt sich, daß die Beschlußfassung des Konkursrichters über die erhobenen Einwendungen nicht im Schlußtermine stattfindet. Indessen ist hiedurch natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Richter über die erhobenen Einwendungen den Verwalter und die übrigen Gläubiger hört, daß er sich von demjenigen, der sie vorbringt, Aufklärungen geben läßt, daß er auszugleichen versucht und wo möglich über die Einwendungen schon im Termine selbst in das Reine zu kommen trachtet. Eine förmliche Entscheidung wird hiedurch häufig überflüssig werden; wenn aber nicht, so kann sie im Termine mündlich nicht getroffen, sondern muß schriftlich auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt werden [2]).

c. (das Schlußverzeichniß).

Das Schlußverzeichniß ist nach Maßgabe des §. 139 (vgl. oben S. 428) vom Verwalter aufzustellen. Dasselbe muß sämmtliche bisher vom Ausschlusse nicht betroffenen Forderungen [3]) und zwar in ihren Restbeträgen [4]) aufführen; es bildet die Grundlage der Schlußvertheilung sowohl als auch aller Nachtragsvertheilungen. Es ist also das Schlußverzeichniß die durch das Resultat des Konkursverfahrens richtig gestellte Anmeldetabelle.

---

2) A. M. Fitting §. 42 Note 11; v. Sarwey S. 619; v. Wilmowski S. 441 Nr. 5. Ersterer hält, im Falle die Entscheidung im Termin publizirt wird, eine Zustellung nicht nothwendig, sondern nur die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei, während letztere beides fordern.

3) Es müssen also auch diejenigen Forderungen, deren wirkliche Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung noch von einem Nachweise abhängt, vorerst darin aufgenommen werden.

4) Es wird zweckmäßig sein, zwei Rubriken aufzustellen, deren eine den ursprünglichen, deren andere den Restbetrag ziffermäßig darstellt.

Demnach wird es ohngefähr so beschaffen sein:

Laufende Nummer	Nummer der Tabelle	Name des Gläubigers	Anwalt oder Bevollmächtigter	Liquidirter Betrag	Grund der Forderung	Prüfungsresultat	Bei der Schlußvertheilung zu berücksichtigender Betrag	Vorläufige Quote	Berichtigungen des Schlußverzeichnisses	Bemerkungen.

Dieses Verzeichniß ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen; daß dies geschehen, wird den Gläubigern dadurch bekannt, daß der Verwalter auch hier in Gemäßheit des §. 139 die Summe der Forderungen und den Restbestand der Masse öffentlich bekannt machen muß[5]). Nach erfolgter Veröffentlichung ist es Aufgabe der in §§. 140, 141 und 142 erwähnten Gläubiger, innerhalb der auch für das Schlußverzeichniß laufenden zweiwöchentlichen Ausschlußfrist ihre Nachweise zu liefern. In dieser Hinsicht ist zu bemerken:

1) Gläubiger, welche den erforderlichen[6]) Nachweis bereits zum Behufe einer Abschlagsvertheilung geliefert haben, bedürfen keines weiteren Nachweises.

2) Wenn dagegen der Absonderungsberechtigte für die Abschlagszahlung nur das Betreiben der Veräußerung und den muthmaßlichen Betrag des Ausfalles nachgewiesen hat, so muß er nun die erfolgte Veräußerung und den wirklichen Ausfall oder seinen Verzicht nachweisen.

3) Hatte der bedingt Berechtigte für die Abschlagsvertheilung weder den schon erfolgten Eintritt der Bedingung noch auch die Kautionspflicht des Gemeinschuldners nachgewiesen, so muß er dies jetzt thun.

Binnen drei Tagen nach Ablauf der vorerwähnten zweiwöchentlichen Ausschlußfrist stellt dann (§. 145) der Verwalter das Schlußverzeichniß richtig, und erst wenn dies geschehen, kann zum Schlußtermin geschritten werden.

---

5) Die in §. 149 Abs. 2 vorbehaltene Genehmigung des Gerichtes ist natürlich *vorher* zu erholen, vgl. oben S. 469.

6) Nämlich denjenigen Nachweis, welcher für Berücksichtigung bei der *Schluß*vertheilung vorgeschrieben ist; bei den Fällen des § 140 ist dieser der gleiche wie für Abschlagsvertheilungen, bei §. 141 und 142 aber nicht.

d. (Beschlußfassung der Gläubiger über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke).

Das Gesetz sagt nicht: „über die nicht verwertheten", sondern „über die nicht verwerthbaren" Vermögensstücke; es meint demnach solche Sachen, für welche bei den Versteigerungen kein Gebot [7]) erzielt wurde, und insbesondere solche Aktivforderungen, welche zwar fällig und unstreitig [8]), aber uneinbringlich sind.

I. Vor Allem wird versucht werden, ob nicht einer der Gläubiger ein solches Objekt auf seine Forderung annehmen will [9]), in welchem Falle dann das Weitere nach Uebereinkommen und Mehrheitsbeschluß der Gläubigerversammlung geordnet wird [10]). Ein Widerspruchsrecht des Gemeinschuldners besteht nicht, er kann ebensowenig gegen den Anschlag eines solchen Objektes bei der Uebernahme wie gegen den Zuschlag bei einer Versteigerung [11]) etwas einwenden [12]). Wie ist es nun, wenn mehrere Gläubiger eine nicht verwerthbare Sache oder eine uneinbringlich gebliebene Forderung übernehmen wollen? Die B. Pr.-O. Art. 1310 hatte für diesen Fall die Reihenfolge des Vertheilungsplanes und bei gleichem Range das Verhältniß der Forderungshöhe als Anhaltspunkt aufgestellt. Ich halte aber in diesem Falle das Objekt überhaupt nicht für unverwerthbar; sobald mehrere Personen dasselbe Objekt begehren, ist ein Preis vorhanden und wer mehr bietet, bekommt es [13]).

Läßt sich Niemand herbei, „unverwerthbare" Massabestandtheile an

---

7) Auch wohl, wenn kein annehmbares Gebot erfolgte; denn im Sinne absoluter Unverwerthbarkeit darf doch das Gesetz nicht interpretirt werden.

8) Nicht fällige oder noch im Prozeß begriffene Aktiva gehören unter die Objekte der Nachvertheilung, vgl. §. 149 lit. a.

9) Zwang findet natürlich nicht statt, vgl §. 156 Erl. B.

10) An sich sind natürlich die Gläubiger (vgl. oben S. 327) zur Gewährleistung für die Richtigkeit und Sicherheit einer in dieser Art übernommenen Forderung nicht verpflichtet (Pr. KO. §. 274 Abs. 3); allein wenn die Gläubiger freiwillig sich dazu erbieten, ist es ihnen unbenommen. Nur ist dies einer jener Fälle (vgl. oben S. 140 Note 8), in denen ein Beschluß der Gläubigerversammlung die Dissentirenden nicht binden kann.

11) Daß die Versteigerung der uneinbringlichen oder schwer einbringlichen Aktiven zulässig ist, wurde schon bei §. 121 lit. p. erörtert.

12) Die Pr. KO. a. a. O. läßt beim Widerspruch des Gemeinschuldners die Ueberweisung nur zum Nennwerthe der Forderung zu, vgl. auch oben S. 328 Note 40.

13) Freilich ließe sich der Fall konstruiren, daß verschiedene Gläubiger die Sache wollen und jeder gerade nur dieselbe Summe bietet. Aber kommt solch ein Fall vor? Und wenn, nun dann entscheidet das Loos.

Zahlungsstatt zu übernehmen, und finden es die Gläubiger nicht in ihrem Interesse, die betreffenden Sachen auf gemeinsame Kosten weiter aufzubewahren [14]) oder die Einbringung von Forderungen mit eigenem Gelde weiter zu betreiben, so werden solche dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen.

II. Es ist oben betont worden, daß der §. 150 blos unverwerthete Objekte nicht betrifft, sondern unverwerthbare im Auge hat; es ist aber dabei sofort bemerkt worden, daß keineswegs absolute Unverwerthbarkeit supponirt wird. Ich halte nämlich dafür, daß sich die Beschlußfassung der Gläubigerversammlung am Schlußtermine in nicht allzu engen Grenzen bewegen soll, sondern daß der Verwalter alle den Vollzug der Vertheilung betreffenden Vorschläge, welche über die einfache Ausschlagung der Prozente aus dem Betrage der Masse auf die einzelnen Forderungen hinausgehen, unter der Form der „Beschlußfassung über nicht verwerthbare Gegenstände" reguliren kann. Ein Beispiel wird den Gedanken klar machen. Gesetzt es wäre in der Masse ein Rentenbezug des Gemeinschuldners [15]) im monatlichen Betrage von 50 Mark und die Forderungssumme aller zu berücksichtigenden Gläubiger betrüge 50,000 Mk. Hier hätte also der einzelne Gläubiger für jede Mark seiner Forderung: 0,1 Pfennig monatlich zu erheben; in solchem Falle schlägt der Verwalter zweckmäßig statt einer partiellen etwa eine successive Befriedigung vor [16]) oder er proponirt eine Forterhebung des Abzuges auf gemeinsame Rechnung und verzinsliche Anlage und Nachtragsvertheilung alle zwei oder drei Jahre und dergleichen. Hierüber beschließt die Versammlung im Schlußtermine [17]). Aehnlich würde sich die Sache stellen, wenn die seinerzeit in der berühmten „Spitzeder-Gant" von dem Kommissär mit glücklichem Griffe gewählte Verloosung angezeigt erschiene [18]) und Aehnliches.

---

14) Dies kann ihnen, glaube ich, nicht verwehrt werden; wenn auch die Buschdorfer Aktien oder die Bortmulter Union, die sich in der Masse befinden, zur Zeit keine Abnehmer finden, mag doch später etwa eine Gründerperiode kommen, in der auch diese Papiere wieder realisirbar sind.

15) Welcher als „Bezugsrecht" im Ganzen nur mit großem Verluste zu verkaufen wäre, denn sonst wird er eben als „Recht" nach §. 122 Ziff. 1 der KO. veräußert. Vgl. auch die Erl. zu §. 154 D.

16) Z. B. im ersten Jahre erhalten die Gläubiger A mit 100 Mark, B mit 150 Mark, C mit 200 Mark und D mit 150 Mark ihre Zahlung u. s. w.

17) Doch wird wohl der Gemeinschuldner zustimmen müssen, vgl. oben S. 286 Note 47.

18) Es war ein Posten von einigen tausend Mark auf eine ungemein hohe Masse von Forderungen zu vertheilen; die Prozente hätten Bruchtheile

e. (bestimmt das Gericht einen Schlußtermin).

Der Schlußtermin besteht in der Berufung einer Gläubigerversammlung, welche jedoch nicht lediglich Majoritätsbeschlüsse faßt, sondern in welcher jeder Einzelne seine Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß vorbringen kann.

Der Schlußtermin darf also nicht mit der Schlußvertheilung verwechselt werden; diese letztere, welche einen durch den Verwalter vorzunehmenden Akt bildet, wird in der Regel dem Termine nachfolgen müssen, weil erst an diesem die Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß vorgebracht werden und erst nach ihrer Erledigung vertheilt werden darf. Wenn aber solche Einwendungen überhaupt nicht gemacht werden, oder nur einen Theil betreffen oder sichtlich unbegründet sind, kann am Schlußtermine schon Geld vertheilt werden [19]).

Das Gesetz verfügt hier nichts weiter, als daß das Gericht den Schlußtermin bestimmt; allein aus allgemeinen Gründen ist nicht zu bezweifeln, daß diese Bestimmung auch öffentlich bekannt gemacht werden muß. Die Bestimmung des §. 103 Abs. 3 aber ist hier nicht wiederholt, weshalb eine Zustellung an die einzelnen Gläubiger nicht geboten erscheint [20]).

f. (nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus).

Daß die drei bis vier Wochen Zwischenraum von der Bestimmung des Schlußtermines durch das Gericht [21]) laufen, ist zweifellos. Aber wann hat die „Bestimmung" zu erfolgen? Mir scheint sofort mit der Genehmigung der Schlußvertheilung, so zwar, daß die zweiwöchentliche Ausschlußfrist noch in den Zwischenraum fällt [22]).

g. (finden auf die Schlußvertheilung Anwendung).

Demnach hat das Gericht über die im Schlußtermine erhobenen Einwendungen zu entscheiden; es ist diese Entscheidung, soferne sie der Ein-

---

von Pfennigen ergeben. Es war daher eine sehr hübsche Idee, das Objekt der Vertheilung in einzelne Treffer zu zerlegen und mittelst Verloosung diejenigen Gläubiger zu wählen, denen zu zahlen war.

19) Aeußerung des Rg.=Rths. Hagens, K. Prt. S. 183.

20) Der I. E. §. 157 Abs. 2 enthielt die Vorschrift: „der Termin ist öffentlich bekannt zu machen und jedem angemeldeten Gläubiger besonders bekannt zu machen."

21) Das heißt: von dem Ablaufe des zweiten Tages an nach der Ausgabe des die öffentliche Bekanntmachung des Termines enthaltenden Blattes.

22) Der kürzeste Zwischenraum (3 Wochen) stimmt dann mit den 2 Wochen Ausschlußfrist und der 1 Woche Einwendungsfrist des §. 146

wendung stattgibt, auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und findet hiegegen sofortige Beschwerde statt [23]).

---

§. 151.

Aufhebung des Konkursverfahrens.

Nach der Abhaltung des Schlußtermins [a]) beschließt das Gericht [b]) die Aufhebung des Konkursverfahrens [c]). Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt [d]).

Der Beschluß und der Grund der Aufhebung [e]) sind öffentlich bekannt zu machen [f]).

Die Vorschriften der §§. 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung [g]).

I. E. —; II. E. §. 151; Pr. H. E. — Pr. KO. §. 277; B. Pr. O. —.

a. (Abhaltung des Schlußtermins).

Nach dem Wortlaute dieser Gesetzesstelle, insbesondere wegen des Ausdruckes „Schlußtermines" sollte man meinen, daß der Gerichtsbeschluß auf Aufhebung des Konkursverfahrens schon unmittelbar nach der Abhaltung des in §. 150 erwähnten Schlußtermines erlassen werden könne, also schon bevor die Abhaltung der Vertheilung feststeht. Dieses kann jedoch bei näherer Betrachtung nicht angenommen werden, denn am Schlußtermine wird ja nach §. 150 die Schlußrechnung erst abgelegt, in diesem Termine können noch Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß erhoben sowie Beschlüsse der Gläubiger über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke gefaßt werden, und nach Abs. 2 desselben Paragraphen hat das Gericht erst nach Ablauf des Schlußtermines über die Einwendungen zu entscheiden. Bevor nicht alle diese Punkte bereinigt sind, kann selbstverständlich die Schluß-Vertheilung nicht angeordnet werden, weil ja, ehe die letztere möglich ist, die etwa vorgebrachten Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß schon entschieden und die allenfallsigen Erlöse, welche in Folge der Beschlüsse der Gläubiger über die vorerst als nicht verwerthbar betrachteten Vermögensstücke noch zu hoffen sind, flüssig geworden sein müssen [1]). Bevor aber die Schlußvertheilung nicht im Reinen ist,

---

23) Man hat mir mitgetheilt, daß zum Schlußtermine regelmäßig Niemand erscheint, sondern Richter und Verwalter ein Zwiegespräch zu führen haben.

1) Gelingt dies nicht, so müssen sogar unter Umständen über ihre Verwendung neue Beschlüsse gefaßt werden.

kann auch die Aufhebung des Konkursverfahrens nicht beschlossen werden, weil die Schlußvertheilung in den Fällen, in welchen dieselbe veranlaßt ist, einen wesentlichen Bestandtheil des Konkursverfahrens bildet. Es kann also der in §. 151 gebrauchte Ausdruck (wie mir scheint) nur so verstanden werden, daß die Aufhebung des Konkursverfahrens zwar in Folge des Schlußtermines stattfindet, daß aber das Entscheidende hiefür immerhin die Schlußvertheilung selbst bildet. Die Motive (zum II. E. S. 381) sagen denn auch: „Mit der Schlußvertheilung ist der Konkurs erledigt. Dieselbe hat die Aufhebung des Verfahrens zur nothwendigen Folge" [2]).

Natürlich ist es nicht nöthig, daß die Vertheilung [3]) faktisch vollständig vollzogen sei; ob die Gläubiger ihr Geld abgeholt haben oder nicht, ist für die Beendigung des Verfahrens ganz irrelevant; es genügt, wenn die Schlußvertheilung angeordnet, das zu Vertheilende festgesetzt, die einzelnen Antheile ausgeschlagen und die sonstigen Verfügungen getroffen sind. Daher kann das Gericht zugleich mit der Feststellung dieser Punkte die Aufhebung des Konkurses beschließen.

b. (beschließt das Gericht).

Die Aufhebung muß — schon um einen sicheren Boden für ihre Wirkung zu gewinnen — durch einen förmlichen Beschluß des Gerichtes erfolgen. Derselbe hat sich nicht auf die formale Seite der Fragen zu beschränken, sondern es ist materiell zu prüfen, ob der Zeitpunkt für die Aufhebung gekommen sei [4]).

Ein solcher Beschluß wird etwa lauten [5]):

Das k. Amtsgericht München

beschließt in der Konkurssache des Mathias Verlust von Schwabing, nachdem der Schlußtermin am 5. und 6. Mai l. J. abgehalten und die Schlußvertheilung in Vollzug gesetzt ist,

---

2) Zweifel könnte nur die alternative Fassung des §. 153 Abs. 2 „nach der Schlußvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens" erregen, worüber indessen die Erläuterung hiezu zu vergleichen ist.

3) Es wird gestritten, welcher Zeitpunkt als Beginn des Vollzugs der Schlußvertheilung anzusehen sei. Stieglitz S. 589 bezeichnet als solchen die Berechnung und Vorlegung der Schlußdividende, während Fitting §. 42 Anmerk. 20 erst mit der Mittheilung der Dividende wenigstens an einen Gläubiger den Vollzug beginnen läßt.

4) Konstatirt bei der Berathung vgl. K. Prt. S. 107.

5) Vgl. oben S. 205.

es sei das am 14. Januar l. J. eröffnete Konkursverfahren über das Vermögen des Mathias Verlust aufzuheben.

München, den 10. Mai 1880.

(Unterschrift des Amtsrichters.)

Die Stunde des Beschlusses ist nicht anzugeben; ebenso bedarf es im Allgemeinen keiner ähnlichen Verfügungen in entgegengesetzter Richtung, wie sie bei dem Eröffnungsbeschlusse (vgl. §. 102 ff.) vorgeschrieben sind; sollte indessen noch ein oder der andere Gegenstand sich in gerichtlicher Sperre befinden [6]) und in Folge der Aufhebung des Verfahrens frei zu geben sein, so wäre dies im Beschlusse zu bemerken. Es werden hierüber die näheren Erörterungen sich erst unten bei §. 192 der KO. geben lassen.

c. (die Aufhebung des Konkursverfahrens).

Die „Aufhebung", welche stattfindet nach Beendigung der Massavertheilung und §. 175 gemäß nach Bestätigung des Zwangsvergleiches ist von der „Einstellung" des Verfahrens zu unterscheiden, von welcher der siebente Titel dieses Buches handelt [7]). Beide Ausdrücke fallen unter den Gesammtbegriff: „Beendigung des Konkursverfahren."

d. (Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt).

Die Motive bemerken: „ein Streit über die Aufhebung kann füglich nicht entstehen [8])." Dies möchte nicht so unbedingt anzunehmen sein, da der Gemeinschuldner durch diese Aufhebung wieder allgemein exekutionsmäßig wird und daher sehr wohl ein Interesse daran haben könnte, das Vorhandensein der Voraussetzungen hiezu zu bestreiten. Indessen kann sich der Gemeinschuldner dadurch schützen, daß er gegen die in §. 149 Abs. 2 als nothwendig erklärte Genehmigung des Gerichtes zur Vornahme der Schlußvertheilung die Beschwerde einlegt.

---

6) Da die gesammte Masse vor der Schlußvertheilung zu realisiren ist, erscheint dies in der Regel ausgeschlossen; es könnten also nur werthlose oder bestrittene Objekte in Frage kommen, über welche die Gläubiger den Streit nicht fortsetzen wollten.

7) Inwieweit die nach den Landesgesetzen durch die Konkurseröffnung suspendirten bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte des Gemeinschuldners mit der Aufhebung des Konkurses wiederum zur Ausübung gelangen, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

8) Die Frage wurde bei der Berathung wiederholt geprüft (vgl. K. Prt. S. 107), indessen blieb die Mehrheit, um Weiterungen zu verhindern, bei dem Ausschlusse des Beschwerderechtes.

Würde der Beschluß dahin gehen, daß das Verfahren nicht aufzuheben sei [9]), so wäre die Beschwerde nicht ausgeschlossen.

e. (der Beschluß und der Grund der Aufhebung.)

Die Form der Bekanntmachung ist dem Gerichte überlassen; es wird wohl in der Regel die Ausfertigung des Beschlusses selbst abgedruckt werden. Doch könnte der Amtsrichter auch einfach publiziren: „Es wird hiemit bekannt gemacht, daß nach Abhaltung des Schlußtermines und Vollzug der Schlußvertheilung [10]) das k. Amtsgericht München das Konkursverfahren über Mathias Verlust aus Schwabing am 10. Mai 1880 aufgehoben hat;" oder: „Die auf Grund der Beendigung des Konkurses über Mathias Verlust von Schwabing am 10. Mai 1880 beschlossene Aufhebung des Verfahrens wird hiemit bekannt gemacht."

Für eine solche Bekanntmachung wird die Unterschrift des Gerichtsschreibers genügen [11]).

f. (bekannt zu machen).

I. Diese Bekanntmachung geschieht nach §. 68 Abs. 1 durch Einrückung in das bestimmte Blatt und auszugsweise im Reichsanzeiger. Rathsam ist ferner, die Veröffentlichung auch außerdem in jenen Blättern zu bewirken, in welchen die Eröffnung publizirt wurde; geboten ist dies indessen nicht. Weiter ließe sich fragen, ob der Konkursaufhebungsbeschluß den ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubigern des Gemeinschuldners besonders zuzustellen sei, wie dieses in §. 103 hinsichtlich des Konkurseröffnungs-Beschusses vorgeschrieben ist. Für die Bejahung scheint der Umstand zu sprechen, daß die Gläubiger, wenigstens diejenigen, welche im Konkursverfahren entweder ihre Forderungen nicht angemeldet, oder bei der Anmeldung wesentliche Fehler begangen haben und deshalb bei der Feststellung nicht berücksichtigt werden konnten, sowie auch diejenigen

---

9) Entweder ohngeachtet der Schlußvertheilung, oder weil das Gericht in der Vertheilung keine wahre Schlußvertheilung erkennt.

10) Letzterer Beisatz fehlt meistentheils. Mitunter fehlt aber auch ersterer und es heißt einfach: „Das Konkursverfahren . . ist durch Schlußvertheilung beendigt und daher aufgehoben." Ich habe übrigens auch Ausschreibungen gelesen dahin gehend: „Der Konkurs über N. N. ist durch Ausschüttung der Masse beendigt, das Verfahren daher aufgehoben."

11) Die Praxis ist verschieden; häufig wird der Beschluß einfach mit der Unterschrift des Amtsrichters abgedruckt; manchmal steht dabei: „Veröffentlicht durch den Gerichtsschreiber N. N.", mitunter ist auch nur der Gerichtsschreiber unterzeichnet.

welche bei den Vertheilungen ausgeschlossen werden mußten, weil sie die in den §§. 140—142 vorgeschriebenen Nachweise nicht oder nicht rechtzeitig erbracht haben, desgleichen auch diejenigen, welche ganz oder theilweise mit ihren Ansprüchen durchgefallen sind, — ein rechtliches Interesse daran haben, daß sie von der Aufhebung des Konkurses Kenntniß erlangen. Denn alle diese Gläubiger sind gemäß §. 152 Abs. 1 der KO. nach Aufhebung des Konkurses befugt, ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend zu machen; dies wäre ihnen aber entweder unmöglich gemacht oder wenigstens erschwert, wenn sie von der Aufhebung des Konkurses keine Kenntniß erlangen. Und man könnte wohl einwenden, daß es denselben billiger Weise nicht zugemuthet werden könne, wegen Forderungen, mit welchen sie im Konkurs durchgefallen sind, fortwährend und täglich die zur Veröffentlichung von Bekanntmachungen des Konkursgerichtes bestimmten Blätter oder auch nur den Deutschen Reichsanzeiger einzusehen, um darin zu suchen, ob der betreffende Konkurs etwa wieder aufgehoben wurde. Die Motive zur vorliegenden Gesetzesstelle sprechen sich über die angeregte Frage nicht bestimmt aus, wohl aber geht aus denselben hervor, daß sie es für nothwendig halten, die Gläubiger und sonstigen Betheiligten von der Wiederaufhebung des Konkurses ebensogut in Kenntniß zu setzen, wie dieses bezüglich der Eröffnung desselben geschehen war.

Gleichwohl glaube ich, daß die Frage zu verneinen ist[12]), und zwar deshalb, weil im 3. Absatze des §. 151 blos die Vorschriften der §§. 103 Abs. 2 (Bekanntmachung im Reichsanzeiger), 104 (Mittheilung an die Behörden der Handelsregister u. s. w.) und 106 (Mittheilung an die Hypothekenämter ꝛc.) als auf den Konkursaufhebungsbeschluß anwendbar erklärt sind, hiebei aber der Absatz 3 des §. 103 — welcher Absatz gerade von der besonderen Zustellung an die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger handelt — hinweggelassen ist.

Die Kosten der Bekanntmachung gehören meines Erachtens noch zu den Konkurskosten und sind deshalb aus der Masse zu reserviren[13]).

II. Es bedarf nun noch die Frage der Erörterung: wann tritt die Aufhebung des Konkurses ein, mit dem Momente der richterlichen Be-

---

12) Vgl. oben S. 41.

13) Anders bestimmte die B. Pr.-O. v 1869, welche in Art. 1318 die Kosten dem Gantschuldner überbürdete. Allein in diesem Gesetze war die Veröffentlichung von einem Antrage des Gemeinschuldners abhängig; jetzt erfolgt sie von Amtswegen und wenn nun der Kridar nicht zahlen kann, wer sollte die Kosten tragen?

schlußfassung oder erst mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach dem Erscheinen des Blattes, in welchem der Beschluß eingerückt ist [14])? Ich schließe mich in dieser Hinsicht den Entscheidungen des Berliner Obertribunals [15]) an, welche die im Wortlaute gleichen Bestimmungen der Pr. KO. [16]) dahin auslegten, daß zwar der Gemeinschuldner das Verfügungs- und Verwaltungsrecht über sein Vermögen schon von dem Tage an wieder erlangt, an welchem die Aufhebung des Konkurses beschlossen und ihm eröffnet ist, daß aber den Gläubigern gegenüber ein Beschluß, so lange er nicht durch Veröffentlichung in die Außenwelt getreten ist [17]), eine rechtliche Wirksamkeit nicht zu äußern vermag [18]).

g. (die Vorschriften der §§. 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung).

Bereits in der vorigen Erläuterung ist bemerkt worden, daß ebenso wie der Eröffnungsbeschluß so auch die gerichtliche Verfügung der Aufhebung des Konkurses in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken ist. Dies geschieht gleichfalls nur auszugsweise, und hierauf bezieht sich das obige Citat des §. 103 Abs. 2 der KO.

Die in der obigen Stelle enthaltene weitere Hinweisung auf §§. 104 und 106 der KO., wonach die Register führenden Stellen und die Dienstbehörden des Gemeinschuldners, dann die Grundbuchs- und Hypothekenämter von Amtswegen in Kenntniß zu setzen sind, ist eine nothwendige Ergänzung der Bestimmungen über den Aufhebungsbeschluß. Im Allgemeinen nemlich treten die Folgen der Aufhebung des Konkursverfahrens ebenso von Rechtswegen ein, wie diejenigen der Konkurseröffnung von selbst

---

14) Diese Ansicht wird vertreten von Fitting §. 42 Anmkg. 27, Hullmann S. 299, Meisner S. 329, Petersen S. 437, v. Sarwey S. (621) 738, Stieglitz S. 593, Wengler S. 589, Wilmowski S. (285) 442.

15) Erk. v. 2. Dezember 1858 (Entscheid. Bd. 40 S. 396 u. 397), v. 24. Januar u. 7. Juni 1859 (Striethorst Bd. 32 S. 161—164 u. Bd. 33 S. 290—295).

16) Pr. KO. §. 277: „das Gericht hat durch einen Beschluß die Beendigung des Konkurses auszusprechen und dieselbe öffentlich bekannt zu machen."

17) Das zuerst citirte Erkenntniß führt sehr treffend aus, daß die Analogie des Konkurseröffnungsbeschlusses, dessen Wirkung schon mit der Stunde der Fassung eintritt, nicht Platz greife, gerade weil die gleiche Bestimmung für den Aufhebungsbeschluß im Gesetze nicht wiederholt worden sei.

18) Die wichtigste Folge hievon war ehedem, daß die durch den Konkurs unterbrochene Verjährung erst von der Veröffentlichung an wieder zu laufen begann, was jetzt durch §. 13 der KO. nicht mehr von Bedeutung ist.

eintreten. Der Verwalter wird bei der Eröffnung in die Verwaltung des schuldnerischen Vermögens nicht besonders eingewiesen (vgl. oben S. 227), es bedarf daher auch keiner besonderen Abnahme der Verwaltung durch eine richterliche Anordnung am Schlusse des Verfahrens. Die Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter erlischt vielmehr von selbst, derselbe verliert stillschweigend die ihm in §. 5 Abs. 2 der KO. eingeräumten Befugnisse, sobald der Konkurs richterlich als beendet erklärt ist; jede weitere von ihm vorgenommene Handlung für den bisherigen Gemeinschuldner wäre eine Mandatsüberschreitung [19]), welche ihn nach den allgemeinen Grundsätzen haftbar machen würde. Allein, während die Stellung des Verwalters selbst mit dem Aufhebungsbeschlusse zu Ende ist, kann gegen Dritte — soferne sie in gutem Glauben waren — diese Beendigung nicht vor dem Momente wirksam werden, an welchem der Beschluß für veröffentlicht gilt [§. 68 Abs. 3 der KO.]. Wäre also z. B. der Aufhebungsbeschluß am 1. Juni gefaßt und dem Verwalter mitgetheilt worden, aber erst am 3. Juni im Amtsblatte erschienen, der Verwalter hätte am 2. Juni mit dem gutgläubigen A ein Geschäft in Bezug auf die Fideicommißeinkünfte des Gemeinschuldners geschlossen, so wäre der Verwalter wegen dieser Mandatsüberschreitung zwar dem Gemeinschuldner haftbar; dieser aber müßte die Verfügung dem A gegenüber anerkennen [20]).

---

§. 152.

Nachforderungsrecht der Gläubiger.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen [a]).

Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt [b]) und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, findet gegen den Schuldner aus der Ein-

---

19) Vorbehalten bleibt die dem Verwalter obliegende Thätigkeit bei der Vertheilung der Masse und die etwa nach § 153 der KO. nachträglich vorzunehmenden Handlungen und Maßregeln.

20) Auch die nach §. 212 der C.-Pr.-O. eintretende Unterbrechung der Prozesse (vgl. §. 8 der KO.) hört von Rechtswegen mit der Aufhebung des Konkurses wieder auf, die Fristen gegen oder für die streitenden Theile beginnen wieder zu laufen.

tragung in die Tabelle [c]) die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§. 663—701 der Civilprozeßordnung statt.

Für Klagen [d]) auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das in §. 134 Abs. 2 dieses Gesetzes bezeichnete Gericht zuständig.

I. E. —; II. E. §. 152; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 280; B. Pr. O. Art. 1315.

a. (unbeschränkt geltend machen).

Von diesem Paragraphen kann man wohl sagen: „er spricht ein großes Wort gelassen aus." Man führe sich vor Augen, mit welcher zarten Sorgfalt das bisherige Recht den „wiedergenesenen" Gemeinschuldner behandelte, welche Schranken einer Exequirung desselben nach beendigter Gant gesetzt waren, welche Kontroversen über das sogenannte Nachforderungs- oder Nachmahnungsrecht bestanden und wie man sich abmühte, den Begriff: „an creditor ad pinguiorem [1]) fortunam pervenerit" in der mildesten Weise für den Kridar zu konstruiren, und dann bedenke man, daß all Dies von der Konkursordnung mit dem einen Worte unbeschränkt vollständig beseitigt ist [2]).

Die Gesetzesstelle bedarf indessen näherer Erörterung:

A. Der Zugriff an den früheren Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkursverfahrens steht nicht blos den „nicht befriedigten Konkursgläubigern", sondern allen Gläubigern zu. Insbesondere daher auch denjenigen, welche am Verfahren keinen Antheil genommen, ihre Forder-

---

1) Weshalb man in Bayern mit Vorliebe gerade dieses Wort gebrauchte, um den wieder „zu besseren Kräften" gekommenen Gantirer zu bezeichnen, rührt daher, daß sich B. v. Schmidt, der älteste Kommentarschreiber über diese Materie, des fraglichen Ausdruckes bediente; vermuthlich war er selbst ein wohlbeleibter Herr und konnte sich daher die Erbarmungswürdigkeit nur in der Form einer besonderen Magerkeit vorstellen.

2) Unter diesen Umständen wird man mich entschuldigen, wenn ich weder den früheren beseitigten Zustand einer Darstellung unterziehe, noch auch die Gründe für und wider das neue Recht erörtere, denn beides würde der Praxis nichts nützen.

ungen im Konkurse gar nicht angemeldet oder die Präklusion verwirkt haben [3]). Auch die in §. 56 der KO. bezeichneten Gläubiger können nunmehr wieder klagen.

B. Der Ausdruck „ihre Forderungen“ ist nicht auf die Konkursforderungen im engeren Sinne einzuschränken; sobald das Verfahren aufgehoben ist, bewegen sich die Gläubiger frei. Ob sie gar nicht, theilweise, oder ganz befriedigt sind [4]), macht keinen Unterschied. Der theilweise befriedigte Gläubiger kann den Anspruch auf den nicht befriedigten Theil verfolgen, der befriedigte [5]) ist nicht gehindert, jene Nebenansprüche geltend zu machen, welche nach §. 56 Ziff. 1 und 2 der KO. im Konkursverfahren unberücksichtigt bleiben [6]).

C. Die Worte: „nach der Aufhebung des Konkursverfahrens“ bestimmen den Zeitpunkt, von wann an die Exekutionsfreiheit des §. 11 der KO. aufhört.

Man könnte nun fragen, ob die Gläubiger jederzeit mit der nachträglichen Geltendmachung ihrer Forderungen sogleich und unmittelbar nach der in §. 151 vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung der Auf-

---

3) Denn dieser Ausschluß erfolgt der Natur des Konkursverfahrens gemäß nur von der „verhältnißmäßigen Antheilnahme an der Masse“, der präkludirte Gläubiger verliert nicht sein Recht als solches, sondern nur den Anspruch, daß sein Recht in Konkurrenz mit den übrigen Berechtigten bei Vertheilung der Masse berücksichtigt werde. Vgl. Seuffert, Kommentar zur Bayer. GO. Bd. IV S. 498.

4) In diesem Punkte also ist der Ausdruck „die nicht befriedigten Konkursgläubiger“ extensiv zu interpretiren.

5) Z. B. ein bevorzugter Gläubiger.

6) Insoferne etwa nach Civilrecht die selbständige Beitreibung dieser Accessorien nicht gestattet wäre, würde freilich eine Beschränkung eintreten. Die Quittirung des Kapitals im Konkurse auch ohne Vorbehalt der Zinsen kann indessen weder als Verzicht, noch als Erlaß der letzteren gelten (v. Wilmowski S. 444 N. 2). Vgl. auch §. 14 N. 5 des Einf.-Ges. zur Civ.-Pr.-O. Hinsichtlich der Kosten sind die Erläuterungen zu §. 56 zu vergleichen. Verzugszinsen können natürlich nicht nachbegehrt werden; denn „während des Gantprozesses konnte und durfte der Schuldner nicht zahlen; das Nichtzahlen kann daher nicht als Verzug gerechnet werden“. Seuffert, Kommentar Bd. IV S. 499 Note 8. Ich kann deshalb der Ansicht von Stieglitz S. 595 nicht beitreten, welcher Verzugszinsen nachfordern lassen will, falls diese schon vor der Konkurseröffnung zu laufen begonnen haben. Nur mit der Einschränkung auf die vor dem Konkurs verfallene Rate wäre dies zulässig, sofern solche überhaupt für sich gefordert werden könnten.

hebung des Konkursverfahrens vorgehen können, oder ob dieselben mit dieser Handlung wenigstens in dem Falle noch zuwarten müssen, wenn zu der in §. 153 erwähnten Nachvertheilung diese erforderlichen Massebestände bereits vorhanden sind, und zwar so lange, bis die Nachvertheilung vollzogen und gänzlich erledigt sein wird. Für die letztere Alternative scheint die Erwägung zu sprechen, daß, so lange die Nachvertheilung noch nicht erledigt ist, der Konkurs noch nicht als gänzlich beendigt betrachtet werden kann, zumal bei der Nachvertheilung sowie auch zur Vorbereitung derselben nach §. 153 der Konkursverwalter noch immer in seinem Amte thätig bleibt, — was sich mit einer gänzlichen Wiederherstellung der Dispositionsfreiheit des Gemeinschuldners und mit der Freigebung der weiteren Verfolgung desselben durch die früheren und neuen Gläubiger nicht zu vertragen scheint. Ich glaube aber gleichwohl die erstere Alternative für die richtige halten zu müssen, und zwar deshalb, weil der §. 152 eine Ausscheidung der bezeichneten Art nicht trifft und weil die Nachvertheilung nach §. 153 nicht sowohl als ein Bestandtheil des eigentlichen Konkursverfahrens zu betrachten ist, vielmehr nur als Vollzugsmaßregel des bereits durchgeführten Konkurses erscheint, indem die Beträge, auf welche sich nach §. 153 Abs. 1 die Nachvertheilung erstreckt und bezw. eingeschränkt ist, alle schon im Konkursverfahren selbst zur Erörterung und Entscheidung gelangt sind, — während die in Abs. 2 des 153 erwähnten Beträge [7]) inhaltlich derselben Gesetzesstelle nur solche sein können, welche zur Konkursmasse gehören, also ebenfalls schon vor und bei der Konkurseröffnung ihrem Bestande nach existirt haben und nur später erst ausgemittelt wurden, z. B. Gegenstände, welche früher verheimlicht oder in fremden Händen waren und erst später zum Vorscheine gekommen, oder Aktivforderungen des Schuldners, welche früher uneinbringlich schienen.

Abgesehen hievon sagt eben das Gesetz nicht „nach Beendigung des Konkurses" oder „nach Ausschüttung der Masse" oder dergleichen, sondern ganz bestimmt „nach Aufhebung des Konkursverfahrens", und dieser Zeitpunkt fixirt sich durch den Beschluß des Gerichtes, sobald dieser öffentlich bekannt gemacht ist [8]).

---

7) Nämlich diejenigen, welche erst nach der Schlußvertheilung oder nach der Aufhebung des Verfahrens ermittelt werden.

8) So lange dies nicht geschehen, könnte freilich nicht etwa ein Gläubiger, der den Beschluß erfahren, bereits mit Klage vorgehen; erst die Publikation macht den Beschluß perfekt. Vgl. oben S. 208 Note 15 und die Erörterung zu §. 151 Nr. II. Ebenso v. Sarwey S. 740.

D. Das „unbeschränkte" Recht der Geltendmachung findet nicht (wie der Wortlaut des §. 152 scheinen läßt) nach jeder Aufhebung des Konkursverfahrens statt, sondern nur nach einer Aufhebung auf Grund der Ausschüttung der Masse gemäß §. 151. Wird die Aufhebung nach §. 175 wegen Zwangsvergleiches beschlossen, so tritt die Vorschrift des §. 152 nicht ein [9]); „durch Akkord oder Vergleich mit den Gläubigern kann sich der Schuldner schützen", sagen die Motive (zu II. E. S. 383).

E. Daß durch das „unbeschränkt" des obigen Paragraphen die Schranken der Exekution nicht hinwegfallen, welche die Civilprozeßordnung in §§. 715 und 749 allgemein jedem Schuldner gewährt, bedarf kaum einer Erwähnung. Hingegen sind [wie bei den Berathungen [10]) ausdrücklich konstatirt wurde] alle partikularrechtlichen Bestimmungen beseitigt, nach welchen nur neu erworbenes Vermögen angegriffen werden kann oder an solchem ein beneficium competentiae zusteht, oder eine gewisse Höhe des Vermögens auf Seite des früheren Gemeinschuldners nachgewiesen werden muß u. dgl.

Es frägt sich nun aber weiter, ist der Ausdruck: „unbeschränkt geltend machen" wirklich wörtlich zu nehmen; hat das stattgehabte Verfahren gar keinen Einfluß auf die rechtliche Qualität der Forderungen der Konkursgläubiger? Diese Frage war schon ehedem höchst kontrovers [11]) und ist es noch jetzt.

Ich glaube, es muß dreierlei unterschieden werden:

1) Die Einwirkungen, welche die Thatsache der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als solche kraft des Gesetzes auf dessen Rechtsverhältnisse ausübt, und die Folgen, welche durch die vom Verwalter behufs Verwerthung der Masse vorgenommenen Handlungen hervorgerufen sind, können natürlich durch die Aufhebung des Verfahrens (da sie keine „Aufhebung" im wahren Sinne, eine Beseitigung ex tunc, sondern eine „Beendigung ex nunc" ist) nicht mehr ungeschehen gemacht werden. So wirkt die in Folge der Konkurseröffnung eintretende Umwandlung eines auf Erfüllung gerichteten Anspruches in einen Entschädigungsanspruch nach §. 16 der KO. [12]) auch für die Zeit nach der Aufhebung des Verfahrens. Desgleichen gilt die vom Verwalter nach §§. 15 und 18 getroffene Wahl,

---

9) Ebenso nicht bei einer Einstellung des Verfahrens auf Grund eines gewöhnlichen Vergleiches.

10) K. Prt. S. 108.

11) Vgl. v. Sarwey S. 743 ff.; Schultze, Grundlagen S. 70 ff.

12) Vgl. Abth. I S. 242 Note 27.

wenn sich der Gegenkontrahent darauf einläßt [13]), und die auf Grund der §§. 17 u. 19 [14]) sei es vom Verwalter oder vom anderen Theile erfolgte Kündigung ein für allemal und tritt das aufgelöste oder gekündete Rechtsverhältniß nachträglich natürlich nicht wieder in Kraft.

In dieser Beziehung besteht unter den Rechtslehrern wenig Streit [15]).

2) Schwieriger stellt sich die Frage, ob jene Veränderungen der Forderungsrechte, welche nur durch die eigenthümliche Beschaffenheit des Konkursverfahrens hervorgerufen sind, z. B. die sofortige Fälligkeit und Diskontirung betagter Forderungen nach §. 58, die Abschätzung der nicht auf einen Geldbetrag oder auf einen unbestimmten Geldbetrag gerichteten Forderung nach §. 62, die Kapitalisirung wiederkehrender Hebungen nach §. 63 — ihre Wirksamkeit auch über den Konkurs hinaus erstrecken. Man muß zugestehen, daß wenn man dies nicht annimmt, unter Umständen schwer lösbare praktische Schwierigkeiten entstehen [16]). Indessen läßt sich nicht läugnen, daß die Motive zum Gesetze auf einem anderen Standpunkte stehen. Sie sagen z. B. (S. 276) hinsichtlich des §. 58 Abs. 2: „die eintretende Fälligkeit dürfe auf den Gemeinschuldner eigentlich nicht bezogen werden, vielmehr nur auf die Konkursgläubiger und die Grenzen des Verfahrens und (S. 292) zu den §§. 62 u. 63: „dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt das ursprüngliche Verhältniß bestehen."

Es läßt sich auch nicht wohl ein Rechtsgrund absehen, weshalb der Gemeinschuldner — immer natürlich vorausgesetzt, daß er im Konkursverfahren nicht stillschweigend oder ausdrücklich der Umwandlung zugestimmt hat [17]) — nach Aufhebung des Verfahrens — die nur bei der spezifischen Art des Konkursverfahrens gerechtfertigten Modifikationen der gegen ihn bestehenden Ansprüche nachträglich gegen sich gelten lassen

---

13) Vgl. Abth. I S. 233 Note 39.

14) Vgl. Abth. I S. 261 Note 40.

15) Vgl. Fitting §. 25 III, Hullmann S. 125, Petersen S. 439, v. Sarwey S. 472, Stieglitz S. 597, v. Wilmowski S. 446.

16) Fitting §. 25 Note 30, Hullmann S. 300 läßt daher wenigstens bei theilweiser konkursmäßiger Befriedigung im Falle einer Untheilbarkeit der ursprünglichen Forderung die fortdauernde Wirksamkeit der konkursmäßigen Umwandlung zu.

17) An und für sich würde die Unterlassung eines Widerspruchs dem Rechte des Gemeinschuldners Nichts vergeben können; denn der zwischen der Masse und dem Anmeldenden sich abspielende Vorgang berührt ihn als „res inter alios acta" nicht. Allein hier ist die positive Vorschrift des Gesetzes (§. 152 Abs. 2 der KO.) vorhanden.

müßte. Deshalb nehme ich an, daß sobald der Gemeinschuldner im Prüfungstermine die Forderung widersprochen hat[18]), nach Aufhebung des Verfahrens derselbe auch nur in der Weise belangt werden kann, wie das Rechtsverhältniß in Wirklichkeit ist. Z. B. A hat eine 4 % am 1. Januar 1890 fällige Forderung von 10,000 Mark gegen B in dessen am 1. Juli 1884 erkannten Konkurse angemeldet, B widerspricht im Prüfungstermine, da er zur Zeit nicht zu zahlen schuldig sei; im Uebrigen aber wird die Forderung des A nicht bestritten, und daher vom Verwalter bei der Vertheilung zusammen mit 40 % berücksichtigt. Am 1. Januar 1885 wird der Konkurs über B aufgehoben; bald hernach beerbt dieser seinen reichen Onkel C und nun klagt A auf seine Restforderung von 6000 Mark. Weshalb sollte nun B gehindert sein, die Einrede vorzubringen: „ich bin vertragsgemäß nicht verpflichtet, schon jetzt zu zahlen, sondern erst am 1. Januar 1890?"

Wie steht es nun aber hinsichtlich des Gläubigers? Muß sich derselbe die im Konkurse eintretende Modifikation auch nach Beendigung des Konkurses gefallen lassen?[19]) Ich glaube nicht[20]). Der Grund, weshalb der §. 62 der KO. im Konkursverfahren die Forderung von 100 Stück Aktien verbietet[21]), besteht für das Verfahren nach dem Konkurse und außerhalb des Konkurses nicht. In der Anmeldung des Werthes für den Konkurs kann ein Verzicht auf das ursprüngliche Forderungsrecht nicht gefunden werden, der §. 133 Abs. 2 räumt der Feststellung rechtliche Wirkung ein nur gegenüber allen Konkursgläubigern und somit wüßte ich

---

18) Es genügt, wenn er die Forderung so wie sie angemeldet, also mit den konkursmäßigen Modifikationen widerspricht; die Existenz der Forderung, so wie sie an sich ist, kann er dabei immerhin anerkennen.

19) Z. B. A hat von B, über welchen am 1. Juli 1884 der Konkurs verhängt wird, 100 Suezcanalaktien, die er ihm zur Rettung eines Depot geliehen hat, zurückzufordern und liquidirt daher im Konkurse den dermaligen Courswerth mit 50,000 Mark. Bei Ausschüttung der Masse erhält er 30 %, also 15,000 Mark. Später kommt B wieder in gute Verhältnisse, die Suezcanalakien stehen aber nun auf 2000 Frs. Ist A gehindert, seine ursprüngliche Forderung auf Rückgabe von 100 Stück geltend zu machen, muß er vielmehr sich mit einem Anspruch auf 35,000 Mk. begnügen?

20) Allerdings kann er, wenn er will — und dies wird er thun, wenn z. B. die Aktien im Kurs herabgegangen sind — auf Grund der positiven Vorschrift des §. 152 Abs 2 im Falle der Feststellung und beim Mangel eines vom Gemeinschuldner eingelegten Widerspruchs den unbefriedigten Betrag einklagen.

21) Dieser ist in Abth. I S. 684 ausführlich erörtert.

nicht, was dem Gläubiger entgegenstehen sollte [22]), seine Forderung, so wie sie ist, unbeschränkt geltend zu machen [23]).

3) Wir kommen nun zur dritten und am meisten zweifelhaften Frage, welche Wirkung hat die prozessuale Austragung der Forderungen während des Konkurses für die Zeit nach dem Konkurse? [24]) Eigentlich sollten diejenigen, welche den Verwalter als Vertreter der Konkursgläubiger ansehen, antworten: „gar keine"; jene aber, welche den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners ansehen: „vollkommene" [25]). Wer den

22) Die Schwierigkeit hinsichtlich des bereits im Konkurse erhaltenen Theiles würde sich bei einer theilbaren Obligation allerdings auch so lösen lassen, daß man die ursprüngliche Forderung um den treffenden Theil reduzirt, also im vorigen Beispiel (nachdem 15,000 Mk. den damaligen Courswerth von 30 Aktien repräsentirt) die Forderung nur mehr auf 70 Aktien zuläßt. Allein bei einer Obligation auf einen untheilbaren Gegenstand sieht man sofort, daß diese Lösung ungenügend wäre. Vielmehr muß man dem Schuldner lediglich ein Rückforderungsrecht auf die im Konkurse bezahlte Summe zugestehen, das heißt der Gläubiger muß also in seiner Klage auf Rückgabe von 100 Suez-Aktien den empfangenen Betrag von 15,000 Mark dem Beklagten zur Disposition stellen.

23) Hierüber besteht große Kontroverse. Mit mir vollständig übereinstimmend ist Schultze, Grundlagen S. 81, der insbesondere auch keinerlei Vorbehalt Seitens des Anmeldenden für nöthig erklärt. Leider muß ich dagegen Fitting §. 25 Note 23 als absoluten Gegner aufführen. Derselbe will selbst dann das Resultat der Tabelle als allein maßgebend ansehen, wenn der Gemeinschuldner widersprochen hat, aber sein Widerspruch sich als haltlos erweist. Die Mittelmeinung, daß es auf den Widerspruch des Gemeinschuldners ankomme, vertreten Hullmann S. 300, Petersen S. 439 Nr. 3 a. E., v. Sarwey S. 745, Stieglitz S. 597, Wengler S. 595 Nr. 5, v. Wilmowski S. 445. — Hullmann, dann Wengler sind der Ansicht, daß der Gläubiger durch einen im Prüfungstermine vorzubringenden Vorbehalt sein ursprüngliches Recht sichern könne, wenn er ohngeachtet der Feststellung hierauf zurückgreifen will, während Stieglitz und v. Wilmowski dies für ungenügend erachten und ersterer einen Vertrag oder die Zurückziehung der Liquidation verlangt.

24) Es handelt sich hier um die Beweisfrage, um die formale Rechtskraft der im Konkurse gepflogenen Verhandlungen über Bestand und Umfang der Forderung.

25) Doch stimmen auch bedeutende Vertreter dieser Ansicht der im Texte gegebenen Ausführungen deshalb zu, weil sie wie z. B. Schultze S. 74 und v. Wilmowski S. 444 daran festhalten: „daß die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners und deshalb eine Stellvertretung durch den Verwalter nicht seine vermögensrechtliche Persönlichkeit überhaupt er-

Verwalter als Vertreter der Masse als eines gesonderten Rechtssubjektes ansieht, findet keine Schwierigkeit, das im Konkursverfahren zwischen dem Verwalter und den Konkursgläubigern Vorgegangene als für den Gemeinschuldner vollkommen unverbindlich zu erklären, soweit dieser nicht selbst durch seine ausdrückliche Anerkennung oder doch durch Unterlassung eines Widerspruchs die Richtigkeit der Anmeldung bestätigt und damit ein „Geständniß" dem Forderungsberechtigten in die Hand gibt [26]). Die weitere Erörterung hierüber wird unter lit. b gegeben werden.

b. (Gläubiger, deren Forderungen festgestellt).

Soweit nicht in dem Vorhergehenden Ausnahmen nachgewiesen sind, die sich nothwendig aus der Natur der Sache ergeben, haben die Gläubiger das Recht, ihre Ansprüche nach Aufhebung des Konkursverfahrens unbeschränkt geltend zu machen, natürlich unter Berücksichtigung dessen, was im Konkurse bereits daran getilgt ist. Indessen kann der Gläubiger unter Umständen auch auf dem Resultate des Konkursverfahrens stehen bleiben und die in demselben ergangenen Entscheidungen zur Grundlage einer weiteren Verfolgung seiner Ansprüche machen. In diesem Falle hat der Gläubiger den Vortheil eines sofortigen exekutorischen Titels. Doch dies tritt, wie gesagt, nur unter Umständen ein.

Folgendes Schema läßt sich über die in dieser Richtung auftretenden Beziehungen aufstellen:

I. Die angemeldete Forderung war von dem Verwalter oder von Mitgläubigern nicht widersprochen: vom Gemeinschuldner war sie nicht α) bestritten, oder β) ausdrücklich anerkannt, oder γ) bestritten.

II. Die angemeldete Forderung war vom Verwalter oder von Mitgläubigern widersprochen; vom Gemeinschuldner war sie α) nicht bestritten, β) anerkannt oder γ) gleichfalls bestritten und in diesem letzteren Falle im Konkursverfahren 1) festgestellt, 2) zurückgewiesen.

Unser Gesetz behandelt von diesen Fragen im vorstehenden Para-

---

greife, sondern — eine relative sei, daher auch die durch das Anerkenntniß des Verwalters begründete Verpflichtung des Gemeinschuldners nur als eine relative erscheine. Daraus ergebe sich, daß die durch das Anerkenntniß des Verwalters und Schweigen der Gläubiger im Konkursverfahren herbeigeführte Feststellung zwar eine Feststellung gegen den Gemeinschuldner „persönlich" sei, aber über den Konkurs hinaus keine Wirkung habe."

26) Vgl. über die rechtliche Konstruktion dieser Hereinziehung des Gemeinschuldners in Person in das eigentlich zwischen dem Verwalter als Vertreter der Masse und den Gläubigern sich abspielende Verfahren Schultze's geistvolle Darlegung auf S. 76 seiner „Grundlagen".

graphen ausdrücklich nur die in I. α und II. α 1 erwähnte; dasselbe gewährt der im Konkurse angemeldeten Forderung die sofortige Zwangsvollstreckung auch nach geendigtem Konkurse unter der zweifachen Voraussetzung, daß sie den Mitgläubigern und dem Verwalter gegenüber festgestellt und daß sie von dem Schuldner nicht bestritten wurde [27]). Weder das eine noch das andere Moment für sich allein genügt. Die Feststellung allein [28]) genügt nicht, denn „die Anmeldung und die Feststellung der Konkursforderungen — sagen die Motive — im Konkursverfahren und in den Sonderprozessen ist auf den Kreis des Konkursrechtes beschränkt, sie verfolgt und bewirkt nichs Anderes als das Recht der Theilnahme an den Beschlußfassungen über die Konkursmasse und an der Vertheilung derselben. Obwohl also das Theilnahmerecht auf dem Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner beruht und obwohl die Prüfung den vollen Umfang der Forderung umfaßt, hat die Feststellung lediglich Bezug auf die Konkursmasse als solche und auf das Konkursverfahren.“ Es muß also noch das zweite Moment hinzutreten: es muß wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend der Gemeinschuldner der Feststellung sich unterworfen haben. Dies ist anzunehmen, wenn der Gemeinschuldner bei dem Prüfungsverfahren weder selbst noch durch einen Stellvertreter sein Recht wahrte. Versäumt er den Termin oder unterläßt er die Abgabe einer Erklärung [29]), so räumt er damit der Feststellung gegen ihn seinerseits maßgebende Wirkung ein. Anderseits würde aber sein bloßes Stillschweigen ohne die Feststellung hinwiederum nicht genügen; denn wenn der Verwalter oder ein Anderer der Forderung Widerspruch entgegengesetzt hat und dieser Widerspruch später nicht beseitigt worden ist [30]), so kann von einem vollstreckbaren Titel sicherlich nicht gesprochen werden [31]).

---

27) Die legislativen Erwägungen, welche hiezu geführt haben, sind trefflich dargelegt in den Motiven zum II. E. S. 384 und 385.

28) Dies ist die Combination I. γ u. II. γ 1.

29) Daß es in §. 132 Abs. 2 nur heißt: „bestritten“, in §. 152 Abs. 2 aber: „ausdrücklich bestritten“ soll wohl nicht Zweierlei bedeuten; ein stillschweigendes Bestreiten gibt es nicht, da ein Stillschweigen des Schuldners als Anerkennung gilt.

30) Combination II α 2.

31) Wie ist es, wenn der Verwalter oder Mitgläubiger widersprochen, der Gemeinschuldner aber die Forderung nicht blos nicht bestritten, sondern ausdrücklich bei der Prüfung anerkannt hat (Combination II β 2)? Daß hiedurch die Voraussetzung des §. 152 Abs. 2 nicht gegeben ist, wird nicht zu bezweifeln sein; der Forderungsberechtigte kann aber das Anerkenntniß nach dem Konkurse als Beweismittel benutzen. Ein gerichtliches Ge-

Drehen wir die gesetzliche Bestimmung um, so ergibt sich [32]) allerdings mit Bestimmtheit, daß für die Gläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt oder vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten wurden, die Zwangsvollstreckung nicht stattfindet. Dagegen aber reicht das argumentum e contrario nicht zur Beantwortung der Frage: wie steht die Sache, wenn der Verwalter oder Mitgläubiger und der Gemeinschuldner die angemeldete Forderung bestritten haben und der Anmeldende ist im Feststellungsprozesse unterlegen, — kann der Gemeinschuldner nach dem Konkurse sich auf die zurückweisende Entscheidung berufen? Diese Frage muß nach allgemeinen Grundsätzen negativ beantwortet werden, und findet diese Verneinung eine Stütze darin, daß der §. 135 der KO. die Rechtskraft des richterlichen Ausspruches im Feststellungsverfahren nur auf den Kreis der Konkursgläubiger beschränkt und im §. 152 lediglich für die eine Alternative des zitirten §. 135 die Rechtskraft über das Verfahren hinaus ausdehnt, folglich für die übrigen eine solche Ausdehnung verneint. Es erübrigt nun noch die Beleuchtung des Falles, daß der Gemeinschuldner die angemeldete Forderung bestreitet, der Verwalter oder die Mitgläubiger aber nicht; oder daß diese zwar anfänglich Widerspruch erhoben haben, später aber durch den Anmeldenden dem Widerspruch des Verwalters oder der Mitgläubiger gegenüber die Feststellung erwirkt und damit die Befriedigung im Konkurse erlangt wird. Kann der Gemeinschuldner, gestützt auf seinen Widerspruch, den Gläubiger, weil er ohne Grund Etwas aus seinem Vermögen erhalten habe, auf Rückzahlung des Empfangenen belangen? Aus allgemeinen Gründen läßt sich nun wohl kein Moment finden, welches die condictio indebiti, sine causa, ob turpem vel injustam causam — je nach dem Fundamente der vom Gemeinschuldner vorgebrachten Bestreitung der Forderung — als unzulässig erscheinen ließe. Man kann auch nicht das Interesse des Gemeinschuldners in Abrede stellen. Denn wenn man ihm auch einwenden kann: „Du hättest ja doch Nichts davon bekommen, wenn der A für seine Forderung auch Nichts erhalten hätte; es wäre dies lediglich den übrigen Gläubigern, deren Antheile dann größer geworden wären, zu Gute gekommen;" — so kann er darauf erwidern: „Allerdings, aber dann wäre ich eben dem B, dem C und dem D nicht mehr 100, 1000 und 10,000 schuldig, sondern um so und soviel Prozente weniger". Man könnte ferner behaupten,

---

ständniß im Sinne des §. 261 der Civ.-Pr.-O. ist indessen das Geständniß nicht, obwohl es bei Gericht abgelegt wurde, denn es ist nicht „im Laufe des Rechtsstreites" abgegeben.

32) Es ist dies die Beantwortung der Frage II γ 2.

daß eine Rückforderungsklage doch nur denkbar sei, wenn der Kläger etwas zu bekommen habe, daß aber im gegebenen Falle, wenn wirklich die Forderung des bezahlten Gläubigers hinterher als wirklich unbegründet befunden würde, dessen Antheil in die frühere Masse zurückfließen müßte, zur Bewirkung einer solchen unter §. 153 fallenden Handlung aber der Gemeinschuldner keine Befugniß habe und dieses Zurückfließen überdies deshalb ausgeschlossen sei, weil ja die Mitglieder seinerzeit die Forderung nicht widersprochen hatten, sonach der Gemeinschuldner höchstens eine Klage auf Feststellung des ihm zustehenden Rechtes erheben könne, um daraufhin die ihm noch obliegende Schuld gegen die übrigen Gläubiger als gemindert anerkannt zu sehen. Allein[33]) hiegegen muß darauf hingewiesen werden, daß die übrigen Gläubiger, nachdem sie die Forderung des Anmeldenden anerkannt haben oder in Folge gerichtlicher Entscheidung haben anerkennen müssen, keinen Anspruch auf den Antheil des befriedigten Gläubigers mehr erheben können. Jedenfalls ist es gut, daß sicherlich in der Praxis (wie schon zu §. 132 Abs. 2 bemerkt) jedem nicht offenbar frivolen Widerspruch des Gemeinschuldners auch vom Verwalter oder irgend einem Mitgläubiger wird beigetreten werden und sonach die theoretische Frage, ob das Rückforderungsrecht zuzugestehen sei oder nicht, kaum von erheblicher Bedeutung[34]) sein wird.

c. (aus der Eintragung in die Tabelle).

„Den Schuldtitel für die Zwangsvollstreckung bildet die Eintragung in der Tabelle. Eine vom Gerichtsschreiber zu ertheilende, mit der Vollstreckungsclausel zu versehende auszugsweise[35]) Ausfertigung der letzteren dient der Zwangsvollstreckung zur selbständigen Grundlage." (Motive.) „Der Fall, daß der Gläubiger, abgesehen von einer Feststellung seiner Forderung, für dieselbe vor der Eröffnung des Konkurses oder während der Dauer desselben einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Schuldner erlangt hat, bedarf keiner besonderen Berücksichtigung. Mit dem Fortfall der für die Dauer des Konkurses durch §. 11 angeordneten Hemmung der Einzelexekutionen finden auf einen solchen Titel — da im Uebrigen die Wirksamkeit desselben, soweit es sich um das Verhältniß des Gläubigers dem Gemeinschuldner gegenüber handelt, durch das Konkursverfahren an sich nicht berührt wird — die allgemeinen Grundsätze Anwendung." (Motive).

---

33) Ich reformire meine in I. Auflage vertretene Ansicht in Folge des obigen von Sarwey S. 746 mir opponirten Grundes.

34) Ich stimme überein mit Petersen S. 440, v. Sarwey S. (628) 745. Anderer Ansicht Stieglitz S. 599 und v. Wilmowski S. 445.

35) Dieser Auszug hat natürlich auch das Resultat späterer Berichtigungen der Tabelle (vgl. oben S. 409) zu enthalten.

d. (für Klagen).

Die §§. 664—665 der Civ.Pr.O. bestimmen, daß von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer anderen Thatsache als einer den Gläubigern obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, oder welche für oder gegen den oder die Rechtsnachfolger des betreffenden Gläubigers oder Schuldners vollstreckt werden sollen, eine Ausfertigung nur dann ertheilt werden darf, wenn der Beweis der bezüglichen Thatsache oder Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden geführt wird. Ist dies nicht möglich, so muß nach §. 667 Klage auf Ertheilung bei dem Prozeßgerichte erster Instanz erhoben werden. Dieses Prozeßgericht erster Instanz ist ferner nach §. 686 und 687 der Civ.Pr.O. zuständig erklärt, wenn von dem Schuldner Einwendungen geltend gemacht werden wollen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, oder welche dagegen gerichtet sind, daß der Nachweis in den Fällen der §§. 664 und 665 als erbracht angenommen wird.

Da aber das Konkursverfahren kein „Prozeß" und der Eintrag in die Tabelle kein „Urtheil" ist[36]), so sind diese verschiedenen Vorschriften an sich nicht zutreffend, sondern es muß die Zuständigkeit besonders normirt werden. Das Gesetz weist nun die Zuständigkeit nicht dem Konkursgerichte zu, sondern denjenigen Gerichten, welche der §. 134 Abs. 2 der KO. überhaupt für die Feststellungsklagen als zuständig erklärt. Dies sind also je nach der Höhe der Streitsumme das Amtsgericht oder das Landgericht im Bezirke des früheren Konkursverfahrens. Unzweifelhaft ist aber auch hier der „Werth des Streitgegenstandes" nach dem §. 136 der KO. zu bemessen, so daß nicht die Höhe der ursprünglichen Forderung, sondern nur der unbefriedigt gebliebene Theil derselben für die Kompetenz maßgebend ist.

Wird vom Schuldner eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel erhoben, so ist nach §. 668 der Civ.P.O. das Gericht zuständig, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt ist, und da für den Auszug der Tabelle der Gerichtsschreiber des Konkursrichters die Vollstreckungsklausel ertheilt, so wäre eigentlich in diesem Falle der Konkursrichter zuständig. Demohngeachtet wird, nach meinen Dafürhalten, da das Konkursverfahren in diesem Momente bereits beendigt ist, das Amtsgericht als solches und nicht als Konkursgericht mit der Sache zu befassen sein.

---

36) §. 133 Abs. 2 der KO. erklärt diese Eintragung nur „den Konkursgläubigern" gegenüber gleich einem Urtheil geltend.

§. 153.

Nachträgliches Flüssigwerden von Massetheilen.

Wenn nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung [a]) Beträge, welche von der Masse zurückbehalten sind [b]), für dieselbe frei werden, oder Beträge, welche aus der Masse gezahlt sind, zur Masse zurückfließen [c]), so sind dieselben von dem Verwalter [d]) nach Anordnung des Konkursgerichts [e]) auf Grund des Schlußverzeichnisses [f]) zur nachträglichen Vertheilung zu bringen. Die über die Verwaltung und Vertheilung solcher Beträge abzulegende Rechnung unterliegt der Prüfung des Konkursgerichts [g]).

Dasselbe gilt, wenn nach der Schlußvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens [h]) zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden [i]).

I. E. §. 160; II. E. §. 155; Pr. H. E. Art. 931; Pr. KO. §. 278; B. Pr. O. Art. 1314.

a. (nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung.)

Dem Wortlaute dieser Bestimmung nach müßte die Schlußvertheilung vollendet sein, wenn ein neuerhaltender Massetheil zur Nachvertheilung kommen sollte; was anfällt, bis vertheilt ist, wäre noch in der Schlußvertheilung zu berücksichtigen. Dies kann aus praktischen Gründen nicht sein; der effektive Vollzug der Vertheilung geht nach und nach vor sich und es geht offenbar nicht an, daß der Verwalter innerhalb des Vertheilens, so oft wieder etwas anfällt, alle Dividenden, auch die bereits bezahlten, umrechnen soll. Es ist deshalb der in §. 153 gebrauchte Ausdruck als „nach dem Beginne des Vollzuges" zu verstehen [1]).

b. (zurückbehalten sind).

Es gehören hieher von den in §. 155 aufgeführten Fällen der Zurückbehaltung diejenigen: 1) der widersprochenen Forderung, bei welcher der Rechtsstreit nach der Schlußvertheilung gegen den Anmeldenden entschieden wird [2]), 2) der für eine suspensiv bedingte Forderung geleisteten Sicherheit, wenn nach der Schlußvertheilung die Bedingung defi-

1) Ebenso Stieglitz S. 601, v Wilmowski S. 448 Die Vertheilung ist aber begonnen, sobald das Schlußverzeichniß festgestellt und nach Erledigung der etwa erhobenen Einwendungen (vgl. §. 150) die Schlußvertheilung angeordnet ist (vgl. §. 151 lit. a S. 478 Note 3).

2) Wenn der Gläubiger siegt, erhält er das Zurückbehaltene.

zirt [3]), 3) der Fall des Eintrittes einer Resolutivbedingung, wenn der Gläubiger die ihm obliegende Sicherheit nicht geleistet hatte [4]).

c. (zur Masse zurückfließen).

Dies ist z. B. der Fall, wenn irgend eine Zahlung irrthümlich gemacht war, oder einem Gläubiger bei der Vertheilung rechnerisch zu viel bezahlt wurde, oder wenn dem resolutiv bedingten Gläubiger der Betrag ausgehändigt wurde und die Bedingung nach der Schlußvertheilung eintritt [5]).

d. (vom Verwalter).

Der bisherige Konkursverwalter hat die Obliegenheit, auch nach beendigtem Konkurse diejenigen Maßnahmen zu bethätigen, welche sich auf den Konkurs beziehen und gleichsam noch zum früheren Verfahren gerechnet werden. Hiezu gehört vor Allem die Realisirung der später ermittelten Massengegenstände, die Ansichnahme der aus der Masse gezahlten, aber an sie zurückzugewährenden Beträge und ebenso die Vertheilung des nachträglich Flüssiggewordenen an die Konkursgläubiger. Die oben in den §§. 74—77 erörterten Rechte und Pflichten des Verwalters bestehen auch für diese nachträgliche Thätigkeit. Insbesondere kann der Verwalter eine nochmalige Honorirung fordern, wenn nicht (wie dies wohl die Regel sein wird) das Honorar am formalen Schlusse des Verfahrens schon mit Rücksicht auf die etwa noch später zu leistende Thätigkeit bemessen wurde.

Sollte der frühere Konkursverwalter (wozu er berechtigt ist, vgl. oben S. 52) die Fortführung der Funktion ablehnen oder gestorben oder sonst verhindert und auch kein Stellvertreter (oben S. 51) vorhanden sein, so müßte das Gericht in analoger Anwendung des §. 70 der KO. einen Verwalter ad hoc ernennen.

e. (nach Anordnung des Konkursgerichtes).

Dieser etwas allgemein gefaßte Ausdruck ist natürlich im Sinne des ganzen Systems der Konkursordnung auszulegen. Selbstverständlich hat nicht etwa der Konkursrichter ex aequo et bono „anzuordnen", wem der

---

3) Der Eintritt der Bedingung macht den Gläubiger berechtigt, sich aus der Sicherheit bezahlt zu machen. Der Fall der Zurückbehaltung für eine Forderung unter einer Suspensivbedingung ohne Sicherheitsleistung kann nach der Schlußvertheilung nicht vorkommen.

4) Der Fall des §. 155 Ziff. 3 hat für eine Schlußvertheilung keine Bedeutung, ebenso nicht jener des §. 158; in beiden Fällen wird die Vertheilung schon in der Schlußvertheilung selbst vorgenommen.

5) Vgl. hierüber die Erl. zu §. 155 Ziff. 4.

Verwalter die nachträglich flüssig werdenden Beträge zuzutheilen habe, sondern die Vertheilung erfolgt vollständig wie jede andere nach der Reihenfolge des §. 54 und, was die gleichberechtigten Gläubiger betrifft, im Prozentverhältnisse ihrer Forderungen. Doch hat das Gericht in zweifacher Hinsicht ein Anordnungsrecht. Vor Allem kann der bisherige Verwalter, ohne das Gericht anzugehen und dessen Genehmigung einzuholen, eine Nachtragsvertheilung nicht vornehmen [6]). Sodann aber kann das Gericht, sei es auf Anregung eines Gläubigers, sei es von Amtswegen, wenn es hiezu Anlaß findet, eine solche anbefehlen [7]).

f. (auf Grund des Schlußverzeichnisses).

Die Motive drücken sich dahin aus: „Nachtragsvertheilungen betrachtet das Gesetz als Theil und Fortsetzung der Schlußvertheilung.“ Sonach können nur diejenigen Gläubiger an Nachtragsvertheilungen theilnehmen, welche in der Schlußvertheilung zu berücksichtigen waren, und da hiefür das Schlußverzeichniß entscheidet, so erfolgt die Nachvertheilung auf Grund dieses Verzeichnisses. Es ergibt sich hieraus, daß nicht blos solche Konkursgläubiger, welche ihre Forderungen erst nach den gesetzlichen Fristen angemeldet haben, ausgeschlossen bleiben, sondern auch diejenigen, welche die erforderlichen Nachweise (§§. 140, 141 Abs. 1, 142 Abs. 2) erst nach der für die Schlußvertheilung maßgebenden Frist erbracht haben [8]). Was die Massegläubiger betrifft, so sind diese besser daran; sie partizipiren [9]) an der Nachtragsvertheilung, wenn sie sich auch

---

6) Würde sein Antrag verworfen, so hat er hiegegen das Recht der Beschwerde.

7) Dem Gläubiger wird gegen die Ablehnung seiner Anregung die Beschwerde zustehen. Ob auch dem Verwalter oder dem Gemeinschuldner gegen die Anordnung einer solchen, scheint mir zweifelhaft. Bejaht von Stieglitz S. 601, v. Wilmowski S. 449.

8) Da bei der Schlußvertheilung selbst nur solche Nachweise berücksichtigt werden können, welche innerhalb der Ausschlußfrist erbracht wurden, so ergibt sich, daß z. B. wer im Schlußtermine den Nachweis erbringt, doch nicht mehr an Nachtragsvertheilungen theilnehmen kann. Ebendeshalb bedarf es auch keiner weiteren Bekanntmachung der Forderungssumme, keiner nochmaligen Hinterlegung des Schlußverzeichnisses, keines nochmaligen Verhandlungstermines u. s. w. „Nur die Theilungssumme muß bekannt gemacht werden,“ sagen die Motive S. 386. Dagegen muß die Nachtragsvertheilung selbst bekannt gemacht werden, schon mit Rücksicht auf die Massegläubiger.

9) Dieses Partizipiren besteht, da die Massegläubiger allen vorgehen, darin, daß sie dasjenige, was zu ihrer Deckung erforderlich ist, vorweg erhalten.

bei der Schlußvertheilung noch nicht gemeldet hatten. Sie sind (§. 159) erst mit der Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung präkludirt. Insoweit also ist der Ausdruck „auf Grund des Schlußverzeichnisses" nicht mehr ganz richtig [10]).

g. (unterliegt der Prüfung des Konkursgerichtes).

Diese Funktion ergibt sich nothwendigerweise aus dem Umstande, daß die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuß zur Zeit der Nachtragsverhandlungen nicht mehr thätig ist. Die Rechnungslegung des Verwalters richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (vgl. oben S. 78 ff.), nur kann sie natürlich sehr kurz abgemacht werden und muß nicht nothwendigerweise schriftlich erfolgen.

h. (nach der Schlußvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens).

Daß zurückbehaltene Beträge, wenn sie später frei werden, nicht an den Gemeinschuldner fallen, sondern unter die Konkursgläubiger nachträglich zu vertheilen sind, ist von vorneherein nicht zweifelhaft, denn jene Beträge waren stets in der Masse und sind nur einstweilen zurückgehalten. Zweifelhafter möchte es sein, wenn der Gegenstand nie zur Masse gezogen war, sondern erst hinterher zum Vorscheine kommt. Zwar so lange das Verfahren dauert, wird man auch hiefür sich eher aussprechen; dagegen läßt sich, wenn einmal das Verfahren vollständig beendigt ist, wohl die Ansicht vertheidigen, daß man auf die Massa-Qualität eines Gegenstandes nicht mehr zurückzukommen habe. Deshalb hat das Gesetz im zweiten Absatze des §. 153 nicht wie im ersten nur die Schlußvertheilung genannt, sondern speziell auch die Konkursaufhebung erwähnt. An sich wäre, da die Aufhebung des Konkursverfahrens immer erst nach der Schlußvertheilung eintritt (vgl. S. 477), die Beendigung des ersteren Zeitpunktes genügend gewesen. Allein man hätte dann glauben können, es müsse die Schlußvertheilung etwa reassumirt werden, und die Erwähnung beider Zeitmomente dient daher zur Abschneidung jeden Zweifels, daß sobald einmal die Schlußvertheilung auf Grund des festgestellten Schlußverzeichnisses ihren Anfang genommen hat, die etwa noch als zur Masse gehörig ermittelten Gegenstände, einerlei ob das Konkursverfahren formell beendigt ist oder nicht, nachträglich unter die Gläubiger zu vertheilen sind.

i. (ermittelt werden).

Hieher gehören vor Allem solche Vermögensstücke, welche zur Zeit der Konkurseröffnung und allenfalls auch später gänzlich unbekannt wa-

---

10) Er war es; erst die modifizirte Fassung des §. 159 verursachte diese theilweise Inkongruenz, vgl. unten zu jenem Paragraphen lit. d.

ren [11]) und erst nachträglich aufgefunden oder realisirbar wurden [12]). Ferner sind hieher zu zählen: anscheinend uneinbringliche Aktivausstände, welche später eingegangen sind. Endlich solche Vermögenstheile, wegen welcher früher (vor der Konkurseröffnung) Prozesse anhängig waren, die erst nach Beendigung des Konkursverfahrens zu Gunsten des Gemeinschuldners entschieden werden, vorausgesetzt, daß der Prozeß vom Verwalter aufgenommen worden ist [13]).

Dagegen kann man solche zur Masse gehörige Einkünfte, welche ihrem Bestande nach von Anfang an zur Masse gezogen waren, aber in wiederkehrenden Einkünften bestehen, nicht hieher ziehen; denn diese lassen sich unter keine der drei in §. 153 aufgeführten Kategorien (frei werdende, zurückfließende und erst ermittelte Beträge) subsumiren [14]).

---

§. 154.

Vollzug der Vertheilungen.

Der Vollzug einer jeden Vertheilung erfolgt durch den Verwalter.

I. E. §. 161; II. E. §. 154; Pr. H. E. Art. 895; Pr. KO. §. 244; B. Pr. O. Art. 1304.

I. Die Konkursordnung schließt grundsätzlich die Gerichte von den Geschäften, welche die Verwaltung der Masse betreffen, aus, soweit es sich um den bloßen Vollzug dieser Geschäfte handelt. Darum konnte auch der Vollzug der Vertheilungen nur dem Verwalter übertragen werden [1]).

II. Positiv ist über die Art und Weise des Vollzuges weder im vor-

---

11) Sie müssen aber natürlich damals schon bestanden haben und ihrer Natur nach zur Konkursmasse gehörig gewesen sein; auf solches Vermögen, welches erst nach der Konkurseröffnung überhaupt existent geworden ist, auf das, was der Gemeinschuldner nachher erst erworben hat, haben ja nach §. 1 der KO. die Gläubiger keinerlei Anspruch.

12) Z. B. auch diejenigen, welche erst in Folge einer Anfechtung einem Dritten abgenommen worden.

13) Vgl. Abth. I S. 99. Ueber Aufnahme von Prozessen durch den Verwalter vgl. auch Erk. des RG. v 31. Dezember 1883 (Entscheid. Bd. XI S. 39).

14) Vgl. über diese die Erl. zu §. 154 D.

1) Abweichend von der Pr. KO. und der B. Pr. O., welche beide den Kommissar mit dem Vollzuge der Vertheilungen betraut hatten.

stehenden Paragraphen noch sonstwo in der Konkursordnung Etwas bestimmt. Folgende Punkte sind zu beachten:

A. Im I. E. §. 161 war als Vollzugsmodus vorgeschrieben, daß jeder Konkursgläubiger vom Verwalter für den Betrag der ihn treffenden Quote eine Anweisung auf die Behörde oder Anstalt erhalten solle, bei welcher das durch Verwerthung der Masse flüssig gewordene Geld deponirt sei. Diese Bestimmung wurde aber im II. E. und im Gesetz nicht adoptirt. Die Motive zum II. E. S. 387 u. 353 bemerken: „Für die Ausführung der Vertheilungen, insbesondere für die Kontrole des Verwalters bei dem Vollzuge derselben würde es zwar in mannigfacher Beziehung Vortheile dargeboten haben, die Befriedigung der Gläubiger wegen ihrer Antheile durch Ertheilung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle bewirken zu lassen und der Anweisung die Wirkungen der Zahlung beizulegen. Allein das Checksystem sei in Deutschland nicht durchgängig im Gebrauche; auf dem flachen Lande und in kleineren Städten möchten auch nicht überall Bankgeschäfte bestehen, welche die nöthigen Vorkehrungen und Garantien für einen Anweisungsverkehr besäßen und überdies sei die bei einem solchen nicht zu umgehende Provisionsgewährung zu beachten." Selbstverständlich wird nur der Zwang, nicht aber die Erlaubniß zur Benutzung der Anweisung auf die Hinterlegungsstelle als Mittel zur Zahlung der Dividende ausgeschlossen.

B. Sei es nun aber in Form von Anweisung auf die Hinterlegungsstelle oder sei es im Wege effektiver Behändigung, immer ist das, was der Gläubiger zu erhalten hat, b a a r e s G e l d [2]). Versilberung der Masse und Befriedigung der in Summen ausgedrückten Schulden ist ja der Zweck des ganzen Verfahrens. Kein Gläubiger also ist gehalten, einen Gegenstand, der zur Konkursmasse gehört, an Zahlungsstatt anzunehmen oder sich eine Aktivforderung der Masse überweisen zu lassen [3]). Erklärt er sich freiwillig hiezu bereit, so kann der Verwalter dennoch nicht eigenmächtig eine solche Maßnahme vorkehren; es ist vielmehr die Gläubigerversammlung zu hören [4]).

C. Es ist bereits oben bemerkt worden, daß die in früheren Konkursrechten mitunter vorkommende Anberaumung eines eigenen Termines zur Ausschüttung der Masse in der KO. nicht vorgeschrieben ist. Man

2) Vgl. Abth. I S. 171.

3) Die Pr. KO. in §. 274 und die B. Pr. O. in Art. 1308 Abs. 4 hatten dies ausdrücklich erwähnt.

4) Vgl. oben lit. d zu §. 150.

kann aber auch nicht behaupten, daß diese Art des Vertheilungsvollzuges ausgeschlossen sei. Ueberhaupt lassen sich für die Vertheilung dreierlei Formen denken: es kann die Auszahlung oder, wo deren Ertheilung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle nothwendig oder zulässig ist, die letztere Maßregel in der Art bewerkstelligt werden, daß der Verwalter zu diesen Handlungen einen bestimmten Termin, mit Angabe des Ortes, Tages und der Stunde, zur Zusammenkunft aller Betheiligten festsetzt. Der Vollzug kann aber auch erfolgen in der Art, daß der Verwalter jedem einzelnen Betheiligten den auf denselben treffenden Betrag entweder baar oder durch Anweisung auf die Hinterlegungsstelle übersendet, oder allenfalls in der Art, daß der Verwalter die auf jeden Einzelnen treffenden Baarbeträge oder bezw. Anweisungen ausgeschieden in Bereitschaft legt und sodann an die Betheiligten ein Rundschreiben mit der Aufforderung erläßt, die treffenden Beträge in seiner, des Verwalters, Wohnung oder allenfalls an einem dritten Orte, welchen er bestimmt, in Empfang zu nehmen.

Wegen der allgemeinen Fassung des §. 154 muß es als dem freien Ermessen des Verwalters anheim gestellt erachtet werden, in welcher von den vorhin erwähnten Vollzugsarten er die Vertheilung bewerkstelligen will, — wobei selbstverständlich jedem Betheiligten unbenommen bleibt, die Ausübung der Aufsichts- und Disziplinarbefugniß des Konkursgerichtes anzurufen, im Fall er etwa meint, daß er durch die vom Verwalter gewählte Vollzugsart unbillig beschwert werde. Es ist indessen anzunehmen, daß, wenigstens in der Regel, die Verwalter ohnehin die einfachste und mindest kostspielige Art des Vollzuges wählen werden.

D. Einer besonderen Erwähnung bedarf die Frage des Vollzuges bei der Vertheilung wiederkehrender Hebungen. In dieser Beziehung hatte Dr. v. Sarwey bei der Berathung [5]) eine besondere Rücksichtnahme durch eine Einschaltung in §. 153 beantragt, wonach der Verwalter eine Nachtragsvertheilung vornehmen sollte, „so oft wiederkehrende Leistungen, welche nicht verwerthet werden konnten, flüssig werden, soferne nichts Anderes in dem Schlußtermine beschlossen wurde.“ Zur Motivirung hatte der Antragsteller vorgebracht, daß hiedurch der gemeinrechtliche Grundsatz als anwendbar erklärt werden solle, wonach periodische Leistungen den Gläubigern (auch für die Zeit nach Beendigung des Konkurses) zugewiesen und ihnen jedesmal nach dem Eingange ausgezahlt werden. Der Antrag wurde indessen, „da derselbe keine Unterstützung fand“, zurückgezogen und der Regierungsvertreter Reg.-Rath Hagens bemerkte: „die gegenwär-

5) K. Prt. S. 183.

tige Konkursordnung stehe auf einem dem obigen Prinzipe des Gemeinen Rechtes völlig entgegengesetzten Standpunkte; nach §. 122 Ziff. 1 der KO. könne ein zur Masse gehöriges Bezugsrecht auf Renten und ähnliche Leistungen veräußert werden und längstens im Schlußtermine müsse es auch veräußert werden, außerdem würden die Einkünfte nach Beendigung des Konkurses wieder dem Gemeinschuldner zufallen, allerdings dann aber auch dem Zugriffe der alten und neuen Gläubiger unterworfen sein."

Ich glaube nun [6]), diese Aufstellung geht zu weit. Vor Allem finde ich in der Konkursordnung keine Stelle, welche die unbedingte Veräußerung des Bezugsrechtes gebietet; der zitirte §. 122 Ziff. 1 der KO. läßt nur die Möglichkeit einer solchen Veräußerung zu, gibt aber, indem er die Maßnahme an die Genehmigung des Gläubigerausschusses und eventuell sogar der Gläubigerversammlung bindet, schon zu erkennen, daß eine solche Veräußerung als etwas sehr Präjudizielles und als ein Ausnahmsfall anzusehen ist [7]). Es wird daher jedenfalls nicht ausgeschlossen werden können, daß mit Zustimmung des Gemeinschuldners die Veräußerung des Rechtes im Ganzen, auch wenn sie möglich ist, unterbleibt, und anstatt ihrer eine Zuweisung der späteren Bezüge an die Gläubiger eintritt [8]). Andererseits aber finde ich auch keinen zwingenden Satz der Konkursordnung, welcher den Gläubigern ihr Recht auf die wiederkehrenden Leistungen, soferne es nicht als solches veräußert werden kann, mit dem Eintritte des Schlußtermines wieder entzieht. Aus der Natur der Sache folgt dies nicht; denn sobald das Recht als Recht zur Masse gehört [9]), haben die Konkursgläubiger auch offenbar einen dauernden Anspruch an dasselbe und die Art seiner Verwendung behufs Befriedigung aus seinem Vermögenswerthe richtet sich eben nach der Beschaffenheit des konkreten Rechtes. Hiefür spricht auch die Analogie der §§. 733 u. 734 der Civ.-Pr.-O. Denn nachdem die Heranziehung eines Objektes zur Konkursmasse im Wesen nichts Anderes ist, als eine „Generalpfändung", so muß für sie

---

6) Allerdings im Widerspruche mit den meisten übrigen Autoren.

7) Vgl. oben S. 332 Note 56 u S. 476.

8) Es kann z. B. ein auf Lebensdauer gestelltes Bezugsrecht häufig nur mit solchem Verlust verkauft werden, daß es dem Gemeinschuldner gegenüber geradezu eine Grausamkeit wäre, ihn einer möglicherweise kurz nach Tilgung der momentanen Schulden noch Lebensunterhalt gewährenden Rente zu berauben.

9) Wann dies der Fall ist, entscheidet sich nach §. 1 der KO.; vergl. Abth. I S. 80 ff.

gelten, was für die Pfändung im Einzelnen gilt. Nun ist aber im obigen Paragraphen für die „Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung" festgesetzt, daß hiedurch ein „Pfandrecht auch an den nach der Pfandnahme fällig werdenden Beträgen" entsteht. Es geht deshalb der Anspruch der Konkursgläubiger auf die gesammte fruchtbringende Qualität des betreffenden Rechtes und dieser Anspruch bleibt durch die Aufhebung des Konkurses eben so unberührt wie in allen andern Fällen [10]). Daraus ergibt sich, daß, vermöge des „Generalpfandrechts", welches durch die Eröffnung des Konkurses an den später flüssig werdenden Einkünften erworben ist, bei der Schlußvertheilung allerdings der Fortbezug dieser Einkünfte berücksichtigt werden darf und daß es Sache der Gläubigerversammlung ist, entweder eine Zuweisung pro rata oder pro tempore zu beschließen, also entweder alle Gläubiger gleichzeitig zu gewissen Theilen oder die Gläubiger successive in den Bezug zu setzen, oder aber dem Verwalter anheimzugeben, die Perzeption vorzunehmen und in gewissen Perioden nachträglich zu vertheilen [11]). Will man übrigens diese Art der Vertheilung nicht als zulässig erachten, so kann gewiß den Gläubigern nicht versagt werden, die Aufhebung des Konkurses selbst so lange aufzuschieben, als noch Hebungen fließen.

---

§. 155.

Zurückbehaltung von Antheilen.

Die Antheile

1) auf Forderungen, welche in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind,

---

10) Wenn z. B. dem Gläubiger zur Deckung seiner Forderung bei der Vertheilung eine Obligation zugewiesen wurde, wird gewiß Niemand die Coupons für die Zeit nach dem Konkurse als ihm nicht gehörig ansehen.

11) Die wichtigsten derartigen Hebungen sind die der Exekution unterworfenen Theile der Besoldungen und Pensionen. Freilich werden aber in der Praxis beim Ausbruche eines Konkurses diese in der Regel längst von einzelnen Gläubigern beschlagnahmt sein und nachdem das hiedurch erworbene Absonderungsrecht künftig nicht mehr (wie bisher) in Folge des Konkurses erlischt', so wird die im Texte erörterte schwierige Frage nicht allzuoft zu lösen sein.

2) auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,

3) auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des §. 141 Abs. 2 genügt ist,

4) auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet.

werden zurückbehalten.

I. E. §. 162; II. E. §. 155; Pr. H. E. Art. 897; Pr. KO. §. 246; B. Pr. O. Art. 1301 Abs. 2.

ad 1) Das Gesetz spricht allgemein; die Zurückbehaltung des auf eine strittig gebliebene Forderung treffenden Antheiles erfolgt sowohl bei jenen, für welche ein vollstreckbarer Schuldtitel vorhanden ist [1]), als bei den übrigen. Bei diesen letzteren natürlich nur dann, wenn rechtzeitig (innerhalb der zweiwöchentlichen Ausschlußfrist) der Nachweis, daß sie im Prozesse befangen sind, geliefert ist [2]). Bei den Forderungen ersterer Kategorie, wenn der Widerspruch ohngeachtet des vorhandenen vollstreckbaren Titels, Endurtheiles oder Vollstreckungsbefehles erhoben ist und demnach (gemäß §. 134 Abs. 6) der Widersprechende den Prozeß erheben muß, kommt die Ausschlußfrist dagegen nicht in Betracht. „Die Zurückbehaltung muß ausgeübt werden können, solange die Auszahlung noch nicht effektiv erfolgt ist [3])" (Motive); sie kann aber natürlich nicht stattfinden, solange dem Verwalter nicht der Nachweis vorliegt [4]), daß der Widerspruch prozessualisch verfolgt wird, und diesen Nachweis hat der Widersprechende (nicht wie bei den übrigen Forderungen der Gläubiger) zu erbringen.

---

1) Hierin liegt, wie die Motive bemerken, allerdings eine Abweichung von dem Prinzipe des §. 688 der Civ.-Pr.-O.

2) Denn außerdem bekommen sie gar Nichts (§. 140 letzter Satz) und es ist daher für eine Zurückbehaltung kein Objekt vorhanden.

3) Die Auszahlung bei einer Abschlagsvertheilung sichert aber natürlich den Gläubiger nur für die empfangene Dividende; wird nach einer solchen der bezügliche Nachweis geliefert, so tritt für alle späteren Vertheilungen immer noch die Zurückhaltung ein.

4) Ist der Verwalter selbst der Widersprechende, so bedarf es natürlich nicht erst eines Nachweises. Aber auch er darf die Dividende nicht zurückhalten, wenn er den Widerspruch noch nicht im Prozeßwege betreibt.

Sonach stellt sich die Sache folgendermaßen:

A. für die im Prüfungstermine widersprochene Forderung besteht ein vollstreckbarer Titel; in diesem Falle wird,

α) so lange der Widersprechende nicht Prozeß führt und dies dem Verwalter nachweist, der Gläubiger ausbezahlt;

β) führt er den Nachweis, so tritt Zurückbehaltung der Dividende ein;

γ) der Nachweis ist an keine Frist gebunden; so lange nicht effektiv gezahlt ist, muß er berücksichtigt werden.

B. für die im Prüfnngstermin widersprochene Forderung besteht kein vollstreckbarer Titel;

α) solange der Gläubiger nicht Prozeß führt und dies dem Verwalter nachweist, bekommt er überhaupt Nichts;

β) führt er den Nachweis, so tritt Zurückbehaltung der Dividende ein;

γ) der Nachweis ist an die Ausschlußfrist gebunden; ist diese versäumt, so bekommt er Nichts.

Was mit dem zurückbehaltenen Betrage zu geschehen hat, richtet sich nach dem Ausgange des Prozesses; bleibt der Widersprechende Sieger, so fällt der Betrag in die Masse, siegt dagegen der Gläubiger, so wird ihm das Zurückbehaltene verabfolgt [5]). Ebenso muß es sein, wenn eine der Parteien nach erhobenem Prozesse von demselben zurücktritt [6]), nicht aber wenn nach §. 228 der Civ.-Pr.-O. beide Parteien den Prozeß beruhen lassen. In solchem Falle dauert die Zurückbehaltung fort.

ad 2) Es ist bereits oben (S. 443) ausgeführt, daß und warum Forderungen, welche an eine aufschiebende Bedingung geknüpft sind, nur in bedingter Weise beim Konkursverfahren berücksichtigt werden. Hier ist nun das Prinzip widerholt im Gesetze aufgestellt, aber es ist nicht in der Allgemeinheit zu nehmen, wie die Ziffer 2 lautet. Es muß der fragliche Satz vielmehr so gelesen werden: „auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen, wird bei einer Abschlagsvertheilung die treffende Dividende nicht bezahlt, sondern nur zurückbehalten und bei der Schlußvertheilung wird, soferne die Bedingung noch schwebt und der Verpflichtete nach allgemeiner gesetzlicher Vorschrift zur Sicherheitsleistung verbunden ist, die auf die Forderung treffende Quote als Sicherheit zurückbehalten.“ Uebrigens ist das Wort: „abhängen“ sehr genau zu zu nehmen; nur wenn die Bedingung noch hängt (gegenwärtige Zeit), tritt unter

5) Ersteres steht in §. 153, letzteres ergibt sich aus der Natur der Sache.

6) Der andere Theil wird dann ohnehin vermöge Versäumungsurtheiles Sieger.

Umständen Zurückbehaltung ein. Ist die Forderung zwar zur Zeit der Konkurseröffnung eine solche, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, bei der Vertheilung (sei es Abschlagsvertheilung oder Schlußvertheilung) aber ist die Bedingung bereits eingetreten [7]), so darf die Dividende nicht zurückbehalten, sondern sie muß ausgezahlt werden. Ist aber die Bedingung bereits ausgefallen [8]), so braucht die Dividende nicht mehr zurückbehalten zu werden. Ebenso verhält es sich, wenn eine Dividende zurückbehalten wurde und das bedingte Verhältniß dann sich nachträglich löst. Der erfolgende Eintritt macht das Zurückbehaltene für die Gläubiger frei, ihr Ausfall für die Masse.

ad. 3) „Die eine Zurückbehaltung der Antheile auf Forderung Absonderungsberechtigter anordnende Bestimmung kann sich nur auf Abschlagsvertheilungen beziehen" (Motive); denn bei der Schlußvertheilung muß nach §. 141 Abs. 1 der absonderungsberechtigte Gläubiger entweder effektiv bezahlt werden, wenn er nachgewiesen hat, wie viel sein Ausfall aus dem Erlöse des Absonderungsobjektes beträgt oder auf welchen Betrag er verzichtet hat; oder aber er hat diesen Nachweis nicht erbracht, dann bekommt er überhaupt Nichts.

ad 4) Bei Forderungen unter einer auflösenden Bedingung tritt die Zurückbehaltung dann ein, wenn der Gläubiger auch außerhalb des Konkurses die Befriedigung nur gegen Sicherheitsleistung hätte verlangen können [9]); indessen auch in diesem Falle nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn der Gläubiger die Sicherheit nicht anderweitig leistet [10]). Die Vorschrift unter Ziff. 4 tritt sowohl bei Abschlagsvertheilungen, wie bei der Schlußvertheilung (und auch bei Nachtragsvertheilungen [11]) ein.

Wenn der Nichteintritt der Bedingung später gewiß wird, so wird die geleistete Sicherheit frei und demgemäß das Zurückbehaltene an den Gläubiger hinausgegeben. Ebenso ist klar, daß im umgekehrten Falle, wenn die auflösende Bedingung eintritt, das Zurückbehaltene in Gemäßheit der allgemeinen Vorschrift des §. 153 für die Masse frei wird.

---

7) Und der Nachweis hiefür rechtzeitig geliefert.

8) Die Bedingung ist „ausgefallen", wenn das, was nicht geschehen soll, geschehen ist, oder wenn das, was geschehen soll, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art nicht mehr geschehen kann.

9) Die Pr. KO. §. 250 Ziff. 2 ging weiter und legte die Pflicht zur Sicherheitsleistung dem Konkursgläubiger unter allen Umständen auf.

10) Ob die Sicherheit eine genügende sei, hat im Zweifel wohl der Konkursrichter zu entscheiden.

11) In den Motiven werden diese nicht erwähnt: allein die ratio legis paßt auch für sie.

Wie aber nun, wenn die Dividende an den resolutiv berechtigten Gläubiger bezahlt worden ist und die Bedingung tritt nach Aufhebung des gesammten Konkursverfahrens ein; fällt das Zurückzuzahlende an den nunmehr wieder in die Disposition über sein Vermögen eingesetzten früheren Gemeinschuldner, oder an die früheren Konkursgläubiger? Diese Frage ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die rückwirkende Kraft auflösender Bedingungen zu entscheiden. Im Zweifel ist anzunehmen, daß bei der auflösenden Bedingung mit ihrer Erfüllung das Rechtsverhältniß, welches von ihr abhing, als von vorneherein nie bestanden behandelt werden soll[12]). Von diesem Gesichtspunkte aus hatte also der damals bezahlte Gläubiger ein indebitum aus der Masse empfangen und es fließt nothwendigerweise das von dem Bezahlten Zurückgegebene auch wieder in die Masse; es ist somit der Fall des §. 153[13]) gegeben, und die früheren Gläubiger erhalten pro rata diesen Betrag im Wege der Nachtragsvertheilung.

Anders, wenn in Folge des Eintrittes der auflösenden Bedingung der bisher Berechtigte nur die Verpflichtung überkommt, den früheren Zustand vor Eingehung des Rechtsverhältnisses wieder herzustellen[14]). Man könnte zwar auch hier der Ansicht sein, daß diese Verpflichtung zu Gunsten der Masse begründet sei, da ja seinerzeit die Zahlung aus ihr erfolgte. Allein Subjekt des Rechtsverhältnisses war ursprünglich doch jedenfalls der Gemeinschuldner; daß seine Dispositionsfähigkeit während des Konkurses beschränkt war, kann für die Zeit nach dem Konkurse keinen Einfluß üben, und sonach glaube ich, für Fälle, wie der zuletzt supponirte, muß der resolutiv berechtigte Gläubiger die Rückgewährung an den Gemeinschuldner bewerkstelligen.[15])

---

12) Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I S. 225.

13) Vgl. oben §. 153 lit. b.

14) Die Erörterung der Frage, wann solches der Fall ist, gehört in das Civilrecht.

15) Ueber die Zurückbehaltung der Antheile des Gesellschaftsgläubigers im Privatkonkurse des persönlich haftenden Gesellschafters vgl. §. 201.

§. 156.

Hinterlegung zurübehaltener und unerhobener Beiträge.

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlußvertheilung zurückbehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben werden, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichtes für Rechnung der Betheiligten zu hinterlegen.

I. E. —; II. E. §. 156; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

I. Die bei einer Abschlagsvertheilung zurückbehaltenen Beträge bleiben Massebestandtheile und werden als solche behandelt. Dagegen muß für die Beträge, welche bei der Schlußvertheilung bereits speziellen Gläubigern zugewiesen sind, aber von diesen vorerst nicht erhoben werden können oder nicht erhoben werden wollen, Vorsorge getroffen werden. Zur Masse gehören dieselben nicht mehr, nicht nur weil nicht mehr alle Gläubiger, sondern nur mehr der einzelne bestimmte Berechtigte Anspruch auf dieselben hat, sondern noch mehr weil nach der Schlußvertheilung eine Masse nicht mehr besteht. Deshalb können die §§. 118 und 120 der KO. nicht ohne Weiteres auf sie Anwendung finden. Aber da sie eventuell in die Masse zurückfließen (vgl. §. 153), muß die Möglichkeit vorhanden sein, daß dem Verwalter die Disposition über dieselben nicht völlig entzogen werde.

Es steht nun an sich Nichts im Wege, die genannten Beträge bei denjenigen Kassen oder Behörden zu hinterlegen, welche zur Hinterlegung und Verwaltung von Geldern, Werthpapieren und Kostbarkeiten ꝛc. bestehen. Damit jedoch bezüglich der zurückzubehaltenen Beträge einerseits den Betheiligten eine freiere Bewegung ermöglicht sei und andererseits eine Kontrole bestehe, daß der Verwalter die Hinausbezahlung der Beträge an die Berechtigten nicht verzögere und bezw. die Verwendung der Beträge zu einer nachträglichen Vertheilung nach §. 153 der KO. bethätige [1]), hat der vorstehende Paragraph die Anordnungen, welche sich auf die Hinterlegung von bereits angewiesenen, aber nicht ausbezahlten Beträgen beziehen, nicht dem Verwalter und auch nicht dem Gläubigerausschusse, sondern dem Konkursgericht übertragen. Es ist dieses eine der wenigen Ausnahmen von der Regel, daß das Konkursgericht sich mit Geschäften der Administration nicht zu befassen hat.

---

1) Motive.

Das Gericht kann demnach von den jeweiligen landesgesetzlichen Depositalordnungen Umgang nehmen, dasselbe kann irgend eine Bank oder einen Privatmann bezeichnen, bei welchem die Gelder aufzubewahren sein sollen. Es wird natürlich vor Allem auf Sicherheit, dann aber auch auf möglichste Nutzbarmachung zu sehen haben. Der Richter wird gut thun, den Antrag des Verwalters zu hören, etwa auch im Schlußtermine die Anschauung und Wünsche der Gläubiger zu vernehmen, bevor er Verfügung trifft. Gegen die Art und Weise, wie und wo hinterlegt werden soll, haben der Verwalter und die Gläubiger[2]) das Beschwerderecht.

II. Die Deponirung geschieht auf Rechnung der Betheiligten[3]). Das heißt die Betheiligten haben sowohl die Zinsen als auch die Kosten und bez. die Gefahr zu tragen, in der Art, daß falls derjenige, zu dessen Gunsten die Zurückbehaltung statt fand, obsiegt, ihm die inzwischen aufgelaufenen Zinsen gebühren und daß er dagegen die Kosten und etwaigen in der Zwischenzeit eingetretenen Verlust durch Entwerthung oder Verschlechterung zu übernehmen hat. Letzteres indessen doch nur der Hinterlegungsstelle gegenüber. Denn von dem mit Unrecht Bestreitenden wird wohl unter Umständen dafür, wie überhaupt, für das durch die Nichtanerkennung des Rechtes entstehenden Schaden, Ersatz gefordert werden können.

III. Bis wann dauert diese Hinterlegung? Das Gesetz bestimmt hierüber Nichts. Im E I war (§. 165) vorgeschrieben, daß Beträge, welche binnen einem Jahre nach Aufhebung des Konkurses bez. nach der oben späteren Zulässigkeit der Auszahlung nicht erhoben seien, dem Gemeinschuldner zufallen sollten. Hiezu ist kein Grund vorhanden. Aber auch das Konkursgericht kann sich um die Vereinigung des Verhältnisses nicht mehr annehmen[4]). So lange noch nicht feststeht, wer zur Erhebung berechtigt sei, muß meines Erachtens die Hinterlegung jedenfalls fortdauern. Wäre aber die Erhebung zulässig, sie wird jedoch von dem Berechtigten unterlassen, so treten die allgemeinen Vorschriften in dieser Hinsicht (nemlich über unerhobene Depositen) ein.

---

2) Und zwar nicht blos diejenigen, zu deren Gunsten die Beträge zurückbehalten werden, sondern alle nicht vollständig gedeckten wegen des eventuellen Rückfließens in die Masse. Auch der Gemeinschuldner kann ein Interesse an der Art der Hinterlegung haben. In diesem Falle wird auch ihm die Beschwerde nicht zu versagen sein.

3) Betheiligt ist immer derjenige Gläubiger, welcher auf das Zurückbehaltene Anspruch erhebt, und der Verwalter für die Masse. An den Gemeinschuldner fällt das Zurückbehaltene nicht zurück, sondern nach §. 153 an die übrigen Gläubiger.

4) Wie Hullmann S. 303 meint.

§. 157.

Zahlungen an Bevorrechtigte.

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts unabhängig von den Vertheilungen leisten.

I. E. §. 157; II. E. §. 157; Pr. H. E. Art. 891; Pr. KO. §. 240; B. Pr. O. Art. 1294 u. 1295.

Vom Rechtsstandpunkt aus sind die bevorrechtigten Gläubiger eben so gut an den Gang des Verfahrens gebunden, wie die andern, jene haben kein Recht darauf, früher als diese befriedigt zu werden. Wenn daher der §. 157 dem Verwalter gestattet, an die bevorrechtigten Gläubiger außerhalb des eigentlichen Vertheilungsverfahrens Zahlungen zu leisten, so beruht dieses, inhaltlich der Motive zu §. 138 (S. 366), lediglich auf Billigkeitsrücksichten. Selbst im Gemeinen Rechte, in welchem die par conditio omnium creditorum so entschieden festgehalten wurde, hat man diesen Rücksichten Rechnung getragen und unter Einschränkungen eine antizipirte Befriedigung der Privilegirten gestattet [1]).

Ebenso ist eine solche Vorauszahlung in den meisten neuern Konkursgesetzen ausdrücklich zugelassen.

Aus der obigen Motivirung folgt, daß es ein durch Klage erzwingbares Recht der bevorrechtigten Gläubiger auf frühere Befriedigung ihrer Forderungen nicht gibt, eben weil eine solche blos auf Billigkeitsrücksichten beruht und weil durch den im Gesetzestexte gebrauchten Ausdruck „kann" jedes Zwangsrecht ausgeschlossen ist. Auch bedarf jede solche antizipirte Zahlung der ausdrücklichen Genehmigung Seitens des Konkursgerichtes [2]). Als Voraussetzungen, unter welchen der Richter allein die Ermächtigung ertheilen soll, sind anzuführen:

---

1) Vergl. Schweppe a. a. O. S. 172 ff. v. Bayer a. a. O. S. 78. Puchta a. a. O. Bd. II S. 384 ff. Fuchs, Concursverfahren S. 121. Der im Gemeinen Rechte angeführte Hauptgrund für diese antizipirten Zahlungen, daß dadurch die Verzinsung aufhört, ist freilich für unser Verfahren im Hinblicke auf §. 56 Ziff. 1 der KO. (welche den Zinsenlauf mit Eröffnung des Verfahrens sistirt) nicht mehr zutreffend.

2) Außerdem zahlt der Verwalter auf eigene Wag und Gefahr. Und in der

1) die Forderung, welche befriedigt werden soll, muß hinsichtlich ihres Betrages und hinsichtlich ihres Vorrechtes [3]) festgestellt sein;

2) es muß (nicht blos wahrscheinlich sondern) unzweifelhaft feststehen, daß hierdurch die Befriedigung aller andern gleich oder besser berechtigten Gläubiger nicht gefährdet wird.

ad 1. A. Da die Frage der Feststellung erst im Prüfungstermine sich entscheidet, so kann eine antizipirte Befriedigung keinesfalls vor Abhaltung des Prüfungstermines stattheben [4]).

B. Ist das Vorrecht festgestellt, der Betrag aber bestritten, so kann bis zur unbestrittenen Höhe gezahlt werden. Ist das Vorrecht theilweise bestritten (z. B. es wird behauptet, die angemeldete Forderung betreffe keinen Liedlohn, sondern der Anspruch bilde ein von dem Gemeinschuldner in gesetzlicher Verwaltung gehabtes Vermögen), so kann unter der Voraussetzung 2 doch gezahlt werden, das heißt für obiges Beispiel dann, wenn durch die Zahlung keine unter Nr. 1—4 des §. 54 der KO. aufgeführte Forderung beeinträchtigt wird [5]). Ist das Vorrecht ganz bestritten, so kann eine Zahlung überhaupt nicht stattfinden.

C. Das Gesetz verlangt nicht, daß der privilegirte Gläubiger sich

---

Praxis wird das Gericht nicht leicht behelligt; der Verwalter zahlt gewöhnlich ohne anzufragen.

3) Ohne Vorrecht gibt es nach dem Wortlaut des §. 157 überhaupt keine Vorauszahlung; gemeinrechtlich und nach früherem Bayerischen Rechte (Annot. ad Cod. judic. Cap. XIX § 19 lit. e) „pflegte man zuweilen auch gewöhnlichen Gläubigern, welche dürftig waren, von der Gantmasse Gelder ausfolgen zu lassen."

4) Im Gemeinen Rechte war bestritten, ob eine solche Vorausbefriedigung vor allgemein rechtskräftig entschiedener Priorität zulässig sei (Martin, Lehrbuch §. 322 Nr. III), oder ob es genüge, wenn der Gläubiger durch klare gerichtliche Dokumente seine Forderung und Vorrecht beweisen kann (Puchta a. a. O. S. 385). Letzteres vermag natürlich nach dem neuen Verfahren keinen Einfluß zu üben; es muß formale Feststellung vorliegen. Jedoch nur für die zu befriedigende Forderung, nicht auch für die übrigen; selbstverständlich aber unter Beachtung des ad 2 B Erwähnten.

5) Wäre die Forderung als Liedlohn festgestellt, so würde sie schon dann bezahlt werden können, wenn die disponible Masse so groß ist, daß alle anderen Löhne und Kostgelder gedeckt erscheinen; so aber muß der Verwalter und bezw. der Richter auch noch prüfen, ob keine Abgaben und Leistungen, Aerzte- und Apothekerkosten u. s. w. in Frage kommen und ob nicht sonstige Forderungen von Kindern und Pflegebefohlenen angemeldet sind.

meldet; findet der Verwalter es im Interesse der Masse, einen oder den anderen Privilegirten wegzuzahlen, so kann er beim Vorhandensein der Voraussetzungen die Ermächtigung des Gerichtes hiezu auch von sich aus erholen [6]).

ad 2. A. Nur die Gefährdung muß ausgeschlossen sein; es ist nicht vorgeschrieben, daß die sämmtlichen gleichberechtigten Forderungen zugleich mitzuzahlen sind. Setzen wir (als einfachstes Beispiel) den Fall: Köchin A hat 100 Mark Liedlohn angemeldet, Commis B 300 Mark Salair; beide Forderungen sind unbestritten. Die Köchin drängt auf Zahlung; der Verwalter hat 200 Mark baares Geld und Coupons auf 1000 Mark, welche am ersten nächsten Monats fällig werden. Hier kann er unzweifelhaft die Köchin hinauszahlen; denn der gleichberechtigte Commis kann, sobald er sich meldet, wenn auch nicht sofort, so doch seinerzeit [7]) sicher bezahlt werden.

B. Die gleich oder besser berechtigten Gläubiger müssen beachtet werden, auch wenn sie noch zweifelhaft sind. Z. B. in der Gant des Gutsbesitzers A auf Stockdorf und Holzhausen sind angemeldet: von dessen Doktor B Deserviten aus dem letzten Jahr 500 Mark, ferner Löhne mit 400 Mark, rückständige Steuern und Umlagen zu 2600 Mark, ein Konkurrenzbeitrag zum Kirchenbau in Stockhausen von 4000 Mk., welcher jedoch bestritten ist, ein Anspruch der Holzhausener Schule aus Baulast mit 1000 Mark und sodann gewöhnliche Passiva mit 50,000 Mk. Das Inventar weist nach Abzug der Pfand- und Hypothekenforderungen nur 5000 Mark sichere Aktiva aus, und dubiose Debitoren mit 20,000 Mark. Hier kan Dr. B nicht befriedigt werden; denn falls die unter §. 54 Ziff. 3 rangirende, ihm vorgehende, Kirche den gegen ihre Anmeldung erhobenen Widerspruch beseitigt und von den dubiosen Debitoren nichts Erhebliches einkommt (was Beides noch ungewiß ist), so trifft die unter §. 54 Ziff. 4 fallende ärztliche Forderung Nichts, folglich muß sie warten, bis feststeht, ob die Kirche Anspruch hat oder nicht.

C. Stehen die Forderungen im Range gleich, so können dieselben eventuell nur pro rata befriedigt werden. Wäre z. B. im vorigen Falle die Frage der antizipirten Befriedigung der Schule in Holzhausen frag-

---

6) Es kann dies das Zustandekommen eines Vergleiches erleichtern; auch ist es häufig ein Mittel, die Opposition gegen Maßregeln zu beseitigen, die im Interesse der Gesammtgläubiger, nicht aber in demjenigen der Privilegirten liegen, vgl. oben S. 128.

7) Omne simile claudicat; ich weiß schon, daß in dem praktischen Leben der Commis auch die Coupons anstatt Baargeld nehmen wird.

lich, so wäre so zu rechnen: 5000 Mark sichere Masse; 3000 Mark gehen vor, an den restigen 2000 Mark partizipiren, im Falle die Stockdorfer Kirche reussirt, 5000 Mark; sonach könnte der Schule vorerst keinenfalls mehr als 400 Mark bezahlt werden.

D. Es handelt sich aber nicht blos um die vorgehenden oder gleichberechtigten Konkursgläubiger, sondern natürlich in noch höherem Grade um die Massagläubiger. Die antizipirte Befriedigung nach §. 157 kann nur dann erfolgen, wenn feststeht, daß alle Massaansprüche vollständige Deckung finden[8]). In dieser Hinsicht ist ziemliche Vorsicht Seitens des Verwalters und des Gerichtes nöthig; denn jedenfalls ist ein durch solche antizipirte Zahlung verkürzter Massagläubiger berechtigt, sich an denjenigen zu regressiren, durch dessen Verschulden er Schaden erleidet[9]).

E. Kann im Zweifelsfalle nicht wenigstens gegen Kaution gezahlt werden? Im Gemeinen Rechte war jede antizipirte Zahlung an den Vorbehalt geknüpft, daß die Befriedigten das Empfangene zurückerstatten, wenn sich später herausstellt, andere seien mehr berechtigt. Dieser Vorbehalt war unter Umständen durch Kaution sicher zu stellen[10]). Ich sehe keinen Grund, weshalb einer von beiden soeben erwähnten Wegen nach der gegenwärtigen Konkursordnung verboten sein sollte. Ich halte demnach für zulässig, daß sich im Zweifelsfalle der Verwalter (natürlich mit

---

8) Nicht nur in abstracto, sondern auch in concreto. Gesetzt, es liegen 1000 Mark baar in der Masse; am 10. April meldet sich die Feuerversicherungskasse um Zahlung ihres festgestellten Prämienrückstandes zu 200 Mark; der Verwalter weiß aber, daß am 24. April der Miethzins für das zur Fortführung des gemeinschuldnerischen Geschäftes gemiethete Lokal mit 900 Mark fällig wird, und zweifelt, ob bis dahin weitere Baarmittel flüssig werden. Wenn nun auch gewiß wäre, daß schließlich die Miethe sicher gedeckt werden kann, so kann er doch nicht die Feuerversicherung jetzt zahlen und den Miethzinsberechtigten auf später vertrösten.

9) Statistische Aufstellungen, wie sich die Massakosten in einer Reihe von Konkursen beziffern, werden jedenfalls meines Erachtens nöthig sein, um dem Verwalter und den Gerichten einen Maßstab für dasjenige zu geben, was für die Kosten approximativ zurückzuhalten ist. Nach den Oesterreichischen Tabellen rechnet man (so viel mir bekannt) an eigentlichen Kosten 4 % des Forderungsbetrages, also für angemeldete je 1000 fl. Oe.W. an Massakosten 40 fl., von denen etwas über die Hälfte (59 %) für Honorar des Verwalters, etwa ein Drittheil (35 %) für Realisirungskosten und der Rest (6 %) auf die Inventur gerechnet werden.

10) Fuchs a. a. O. S. 121.

Zustimmung des Konkursrichters) von dem bevorrechtigten Gläubiger, welcher sofortige Zahlung begehrt, die Zusicherung ertheilen läßt, daß, falls später sich ergeben sollte, es treffe nicht der volle Betrag auf ihn, er das unrichtigerweise zu viel Empfangene wieder in die Masse zurückzahle, und daß der Verwalter allenfalls hiefür sich Sicherheit bestellen läßt. Der Gläubiger ist allerdings nicht verpflichtet, bei ganz klarem Sachverhalt [11]) sich dieses gefallen zu lassen, und kann sich um Abänderung an das Ober-Gericht wenden.

---

§. 158.

Ausschluß bedingter Aufrechnungsgläubiger.

Beträge, welche zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers nach Maßgabe des §. 47 Abs. 3 hinterlegt worden sind, fließen zur Konkursmasse zurück, sofern nicht bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist für die Schlußvertheilung dem Verwalter der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

I. E. §. 165; II. E. §. 158; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. Art. 1296.

Zur Erläuterung dieser Gesetzesstelle muß auf die Bestimmungen der §§. 46 und 47 der KO. zurückgegangen werden, woselbst verordnet ist, daß, soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist (nämlich eine Forderung an den Gemeinschuldner hat, aber dagegen auch selber an diesen Geld oder Geldeswerth schuldig ist), der Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen braucht, und daß in dem Falle, wenn die Forderung des betreffenden Gläubigers von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, sonach eine sofortige Aufrechnung nicht möglich ist, derselbe wenigstens insoweit Sicherstellung verlangen kann, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt. Letztere Bestimmung ist in den Motiven zu §. 47 Abs. 3 dahin erläutert, daß in dem Falle, wenn die Gegenschuld des betreffenden Gläubigers an

---

11) Nach der Bayer. Proz.-Ord. von 1869 war Zahlung gegen Sicherheitsleistung nur zulässig, wenn die Richtigkeit der Forderung oder des Vorrechts noch nicht feststund (Art. 1296).

keine Bedingung geknüpft ist, der Letztere sich zwar der Einzahlung dieser Schuld an die Konkursmasse bezw. an den Verwalter nicht entschlagen kann, weil die Erfüllung unbedingter Schulden nicht verweigert oder verzögert werden darf, daß aber andererseits dieser Gläubiger auch eine Sicherheitsleistung dafür verlangen kann, daß er im Falle des Eintrittes der Bedingung, an welche seine eigene Forderung geknüpft ist, sein alsdann eintretendes Kompensationsrecht auch realisiren könne, und daß der Konkursverwalter die erwähnte Sicherheitsleistung in derjenigen Weise zu bewerkstelligen habe, in welcher nach Civilrecht eine Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung erfüllt werden muß. Da nun diese Art der Sicherheitsleistung in der Regel darin besteht, daß die betreffende Summe baar hinterlegt wird, entweder bei Gericht oder bei der durch allenfallsige Uebereinkunft der Betheiligten bestimmten andern Stelle oder Behörde, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der betreffende Gläubiger, wenn er seine Schuld an den Gemeinschuldner zur Konkursmasse einzahlt oder hiezu durch Zwangsvollstreckung angehalten wird, verlangen kann, daß von diesem Gelde, soweit es reicht, derjenige Betrag, welcher zur Befriedigung seiner eignen Forderung an den Gemeinschuldner nöthig ist, vorläufig nicht zur Vertheilung bezw. Ausbezahlung an die Gläubigerschaft gebracht, sondern bei Gericht oder bezw. bei der betreffenden Hinterlegungsstelle hinterlegt werde, bis eine Gewißheit darüber vorliegt, ob die Bedingung erfüllt wird oder nicht, an welche seine eigene Forderung an den Gemeinschuldner geknüpft ist. Damit nun aber in solchem Falle die Ungewißheit über letzteren Punkt nicht permanent und hierdurch der Ausgang des Konkurses nicht auf unbestimmte Zeit hinaus gezogen wird — was mit der Natur und dem Zwecke des Konkursverfahrens nicht vereinbar wäre —, legt der §. 158 der KO. dem betreffenden Gläubiger die Verpflichtung auf, vor dem Ablaufe der Ausschlußfrist für die Schlußverheilung dem Verwalter den Nachweis zu liefern, daß die Bedingung eingetreten sei, an welche die Forderung des betreffenden Gläubigers geknüpft ist, widrigenfalls die zur Sicherstellung dieser Forderung hinterlegte Summe zur Konkursmasse zurückfließt. Es sind hier dieselben Erwägungen maßgebend, welche oben zu §. 142 Abs. 2 der KO. dargelegt wurden, weshalb hierauf verwiesen wird.

§. 159.

Ausschluß der Massagläubiger.

Masseansprüche [a]), welche nicht bis zu der Festsetzung des Prozensatzes [b]) oder der Beendigung des Schlußtermins [c]) oder der Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung [d]) zur Kenntniß des Verwalters gelangt sind [e]), können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden [f]), welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist [g]) oder den Gegenstand der Schlußvertheilung oder der Nachtragsvertheilung [h]) bildet.

I. E. —; II. E. §. 159; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Masseansprüche).

Der §. 159 bezieht sich seiner allgemeinen Fassung nach sowohl auf die Massekosten (§. 151) als auf die Masseschulden (§. 52); beide Arten müssen bei Vermeidung des Ausschlusses rechtzeitig angemeldet werden.

b. (Festsetzung des Prozentsatzes).

Dieser Zeitpunkt entscheidet für die Frage, ob Masseansprüche bei einer Abschlagsvertheilung noch Berücksichtigung finden sollen. Wenn nun nach §. 147 der Gläubigerausschuß den Prozentsatz festsetzt, ist leicht festzustellen, ob dies bereits geschehen oder nicht; denn hierüber muß natürlich irgend eine schriftliche Aufzeichnung vorliegen [1]). Anders, im Falle ein Gläubigerausschuß nicht bestellt und also der Prozentsatz vom Verwalter allein festzusetzen ist. Ich bin nun der Meinung, daß das lediglich interne Festsetzen durch den Verwalter im Gesetze nicht als maßgebend erklärt werden wollte; selbst nicht dessen etwa für sich gemachte Berechnung oder schriftliche Festsetzung, welche ja jederzeit von ihm geändert werden kann [2]). Vielmehr wird der Zeitpunkt des Ausschlusses der Masseansprüche erst dann eingetreten sein, wenn die Festsetzung den Gläubigern mitgetheilt ist [3]). Der Verwalter wird deshalb einen sich

---

1) Vgl. oben S. 100.

2) Vgl. die Ausführungen über den Konkurs-Eröffnungsbeschluß oben S. 208; namentlich Note 14 u. 15.

3) Vgl. oben §. 148 lit. c Nr. II. Die zu berücksichtigenden Gläubiger brau-

meldenden Massegläubiger nicht mit dem Eröffnen zurückweisen können: „ich bedauere, ich habe gestern bereits beschlossen, daß von der zur Zeit disponibeln Masse auf jede angemeldete Forderung 5% abschlagsweise bezahlt werden soll." Sondern er muß darthun können, daß die vorgeschriebene Mittheilung an die Gläubiger schon erfolgt ist[4]).

c. (Beendigung des Schlußtermins).

Es heißt hier nicht, wie in §. 151: nach der „Abhaltung" des Schlußtermins. Daraus folgere ich, daß der Masseanspruch, welcher im Termine selbst, bevor der Richter nach §. 127 Abs. 4 der Civ.-Pr.-O. die Verhandlung geschlossen hat, wenn auch die Schlußrechnung schon abgenommen oder das Schlußverzeichniß schon festgestellt wäre, angemeldet wird, immer noch Berücksichtigung finden muß. Die Verhandlung ist in solchem Falle zu reassumiren, die Schlußrechnung zu berichtigen und das Schlußverzeichniß hinsichtlich des neuhinzukommenden Anspruches zu modifiziren.

d. (Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung).

Eine solche Bekanntmachung wäre zwar nach §. 153 insoferne nicht nöthig, als ja die Nachtragsvertheilung nur auf Grund des früheren Schlußverzeichnisses zu erfolgen hat. Da aber der §. 139 ganz allgemein spricht und eine Bekanntmachung der Summe der Forderungen und des zu theilenden Massabestandes ganz allgemein vor jeder Vertheilung[5]) vorschreibt, so ist hiedurch der Zeitpunkt der Präklusion der Masseansprüche von der Partizipirung der später flüssig werdenden Beträge bestimmt gegeben. Es ist der Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung enthaltenden Blattes.

e. (zur Kenntniß des Verwalters gelangt sind).

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß hier nicht die faktische Kenntniß gemeint sein kann. Wenn der Berechtigte seinen Masseanspruch vor Ablauf der vorgezeichneten Zeitpunkte so kundgegeben hat, daß der Verwalter bei ordnungsgemäßem Verhalten davon Kenntniß erlangen

---

chen natürlich nicht die Mittheilung empfangen zu haben; es genügt der vom Verwalter vorgenommene Mittheilungsakt.

4) Durch Postschein, sonstigen Zustellungsnachweis und dgl. In diesem Falle werden aber natürlich die betreffenden Masseansprüche vorzumerken und sofort aus den eingehenden Geldern zu berichtigen sein.

5) Vgl. oben S. 426.

muß, so genügt es. Niemand wird bezweifeln, daß es dem Berechtigten nicht präjudiziren kann, wenn z. B. der Verwalter seine Anmeldung ungelesen in den Papierkorb geworfen hätte.

f. (geltend gemacht werden).

I. Die Präklusion ist eine vollständige; wenn auch der §. 159 nur die Geltendmachung „auf den betreffenden Massebestand" auszuschließen scheint, folgt doch aus den allgemeinen Prinzipien der Konkursordnung, daß auch eine Rückforderung gegen diejenigen Konkursgläubiger, welche Dividenden erhalten haben, ausgeschlossen bleiben muß [6]). Der Verwalter haftet nur, wenn er schuldhafter Weise die zu seiner Kenntniß gelangten Masseansprüche nicht befriedigt hätte oder auch wenn er schuldhafter Weise in Unkenntniß geblieben wäre [7]).

Was die Frage betrifft, ob sich solche präkludirte Berechtigte nach Beendigung des Konkurses an den früheren Gemeinschuldner halten können, so ist dieselbe bei Titel 8 behandelt. Vgl. Bd. I S. 591.

II. Da sich der Verwalter stets in der Lage befindet, sich die Kenntniß aller Masseansprüche insoweit zu verschaffen, daß er im Stande ist, wenigstens den beiläufigen Betrag dieser Ansprüche vor der Vornahme einer jeden Vertheilung zu bemessen, so hat er, im Falle die Zahlungspflicht der Masse noch nicht feststeht oder der genaue Betrag des Anspruches nicht ermittelt ist, jedenfalls eine solche Summe vorläufig zu reserviren, welche zur Deckung des Anspruches unter allen Umständen genügt. Unterläßt dies der Verwalter, so müssen sich die Massegläubiger durch Erwirkung eines Arrestes sichern. In dieser Hinsicht bemerken die Motive, daß die „bevorstehende Vertheilung" jedenfalls als genügender Arrestgrund nach §. 797 der Civ.-Pr.-O. anzusehen ist; denn die Vertheilung würde ja die Vollstreckung eines den Anspruch anerkennenden Urtheiles vereiteln. Es ließe sich nun fragen, einmal wer die Gegner in dieser Arrestsache sind, der Verwalter oder die Gläubiger, und dann, ob die Gläubiger gegen die Reservirung von Beträgen, welche ihnen zu hoch scheinen, irgend einen Einspruch haben? Letzteres glaube ich nicht; denn der Verwalter ist derjenige, welcher bei etwaiger Nichtbefriedigung von rechtzeitig bekannt gewordenen Masseansprüchen haften würde; es kann ihm daher auch nicht ein Vorgehen zugemuthet werden, welches ihn in

6) Dies bemerken auch die Motive zum II. Entw. S. 389.

7) Vgl. lit. e.

Gefahr eventueller Haftung versetzt. Aus demselben Gesichtspunkte aber beantwortet sich die erste Frage negativ. Arrestbeklagter kann immer nur der Verwalter sein, weil ihm allein die Disposition über die Masse zusteht und die übrigen Konkursgläubiger ein Verfügungsrecht über dieselbe nicht haben.

g. (zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist).

Die Präklusion der Masseansprüche ist in §. 159 nur für das jeweilige Vertheilungsobjekt statuirt. Daß also der verspätete Massegläubiger, sobald nachträglich Massebestandtheile flüssig werden, befriedigt werden muß, ist klar. Aber er kann auch sofort dasjenige verlangen, was bei der Abschlagsvertheilung übrig bleibt. Z. B. der festgesetzte Prozentsatz beträgt 5%, die im berichtigten Verzeichnisse vorgetragenen Forderungen 50,000 Mark, der disponible Massebestand 2900 Mark, der erst nach Festsetzung des Prozentsatzes zur Kenntniß des Verwalters gelangte Masseanspruch 1000 Mark, so ergibt sich für diesen die Möglichkeit einer sofortigen Abschlagszahlung von 400 Mark.

Ich gehe aber einen Schritt weiter: die Präklusion von Masseansprüchen, die ja die privilegirtesten Gläubiger sind, ist eine contra jus strictum eingeführte Ausnahme, sie ist daher strengstens auszulegen. Da nun §. 159 sich des Wortes „Auszahlung" bedient, die Zurückbehaltung aber eigentlich das Gegentheil von Auszahlung ist, so muß angenommen werden, daß solche Dividenden, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht effektiv zu bezahlen, sondern nach §. 155 zurückzubehalten sind, allerdings zur Befriedigung der verspäteten Masseansprüche verwendet werden dürfen. Natürlich erst, wenn sie frei werden; das heißt also, der verspätete Massegläubiger kann die sofortige Anweisung auf die zurückbehaltenen Beträge für den Fall ihres späteren Freiwerdens verlangen.

h. (den Gegenstand der Schlußvertheilung oder der Nachtragsvertheilung).

Diese Bestimmung läßt die beschränkende Auslegung der lit. f nicht zu: „Gegenstand" der Schlußvertheilung oder der Nachtragsvertheilung bilden auch die zurückzubehaltenden Beträge; bei diesen beiden Arten von Vertheilungen also sind verspätete Massegläubiger vollständig präkludirt. Jedoch stehen sie auch hier in einer Richtung besser als präkludirte Konkursgläubiger; während nämlich die von der Schlußvertheilung auf Grund des §. 140 (letzter Satz), §. 141 Abs. 1 und §. 142 Abs. 2 ausgeschlossenen Gläubiger auch an einer etwaigen Nachtragsvertheilung nicht

mehr partizipiren[8]), kann dies bei den Masseansprüchen nicht eintreten. Wenn nach Vollzug der Schlußvertheilung ein Masseanspruch gemeldet wird, muß ihn der Verwalter, soferne weitere Mittel flüssig werden, befriedigen, bevor er überhaupt eine Nachtragsvertheilung bekannt macht. Dies folgt schon aus der Natur der Ansprüche, ergibt sich aber auch aus der Bestimmung, daß bei einer Nachtragsvertheilung die Präklusion erst durch die Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung eintritt[9]).

---

8) Vgl. oben S. 498.

9) Der Entwurf hatte diese Worte nicht; weil aber hierdurch die Frage zweifelhaft schien (vgl. K. Prt. S. 108), beantragte Dr. Goldschmidt die Beifügung derselben und es wurde diese Modifikation angenommen (K. Prt S. 111).

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

§. 1.

Man spricht von „Vergleich“ gewöhnlich in Bezug auf einen Rechtsstreit, der durch wechselseitiges Nachgeben beendigt werden soll. Das Konkursverfahren ist aber kein Rechtsstreit, wie bereits erörtert wurde [1]). Der Vergleich beruht ferner auf dem „freiwilligen“ Aufgeben eines Theiles des erhobenen Anspruches gegen „freiwillige“ Anerkennung des anderen Theiles; die Freiwilligkeit schließt aber begrifflich den Zwang aus. Somit erscheint ein „Zwangsvergleich im Konkurse“ als ein in sich widersprechendes Ding der Unmöglichkeit. Und noch weiter. Worin soll im Konkurse das „Vergleichen“ bestehen, da doch bei jedem Vergleiche ein datum et retentum sein soll [2]) und bei der Zahlungsunfähigkeit ohnehin Alles, was der Schuldner geben kann, den Gläubigern gehört [3]).

Sehen wir zu, ob sich bei näherer Betrachtung diese Bedenken heben. Am leichtesten wäre das Letzte zu beseitigen [4]). Denn schon das Römische Recht [5]) hat anerkannt, daß der Kläger sich, auch bei klarem Rechte und ohne daß ein Rechtsstreit besteht, vergleichen könne aus Besorgniß,

---

1) Oben S. 3 ff. u. Abth. I S. 12.

2) c. 38 C. de transact. (2, 4).

3) Der alte Bayerische Kommentator Baron Schmidt führt als Beispiel eines solchen Vergleiches (welchen B. v. Kreittmayer in seinen Annotationen als „partage d'harlequin“ bezeichnet) einen Bauern auf, welcher erklärt: „ich will mich schon vergleichen, aber der Teufel soll mich holen, wenn ich auch nur einen Pfennig nachlasse.“

4) Der Bologneser Odofredus († 1265) drückt in seinen Vorlesungen (Nürnberger Handschrift Blatt 42) dies so aus: creditores dicunt inter se, melius est lapidem dividere, quam totum perdere.

5) c. 2 C. de trans. (2, 4) etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactio interposita.

lange herum gezogen zu werden. Dieser Gesichtspunkt ist nun ganz besonders von Gewicht für das Konkursverfahren [6]).

Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners macht es unmöglich, alle Gläubiger voll und sofort zu befriedigen; um ihre Befriedigung herbeizuführen, muß das Verfahren unumgänglich die allgemeine, dem Stand der Sache entsprechende Befriedigungsquote vorerst ermitteln. Der gewöhnliche Weg der Einziehung und Versilberung des gesammten Vermögens des Schuldners, die Auseinandersetzung der einzelnen Gläubiger und die Vertheilung der Masse unter sie erreicht nun zwar diese Aufgabe sicher und ohne Ausnahme. Allein unvollkommen schon an sich, — soferne die Vertheilung einigen Gläubigern nicht oder nicht in gleichem Umfange zugänglich ist, wie den anderen, soferne erst der schließliche Ausgang des Verfahrens ausweist, was und an wen gezahlt ist, und der ungewissen Zukunft es anheimgibt, ob zur Tilgung des Restes der Schuldner neue Mittel gewinnen und verwenden wird, — darf dieser Weg nicht der einzige sein, in den das Verfahren ausläuft. Im Wege des Vergleiches die Quote festzustellen, führt eher und besser zum Ziele. — Die völlige Durchführung des Verfahrens erfordert stets einen gewissen Zeit- und Kostenaufwand; die Verringerung des einen wie des anderen erhöht für die Gläubiger die zu erlangende Quote. Je länger das Verfahren dem Schuldner die Verfügung, je einschneidender es ihm das Vermögen entzieht, desto mehr wird seine Geschäfts- und Erwerbsthätigkeit ge- und zerstört; je eher dem Schuldner die Möglichkeit neu zu verdienen gewährt wird, desto eher kann er seine Gläubiger, die momentan verlieren, in der einen oder anderen Form entschädigen. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, liegt eine friedliche Vereinigung der durch die Ueberschuldung entstandenen Sachlage im beiderseitigen Interesse; auch die Gläubiger gewinnen und auch sie haben einen Vortheil dabei.

Vergleichen kann sich nun zwar auch der Gemeinschuldner zu jeder Zeit, in jedem Stadium des Konkursverfahrens; der Vergleich endigt dieses Verfahren, wie er jedes gerichtliche Verfahren beendet. Allein ein wesentlicher Unterschied springt sofort in die Augen. Zwar kann auch im Konkursverfahren der Gemeinschuldner sich mit einem oder einzelnen Gläubigern abfinden [7]), aber der Konkurs wird dadurch nicht in seinem

---

6) Das Folgende ist den Motiven zum II. E. S. 330 entnommen.

7) Dies war früher nur durch Intervention Dritter möglich; jetzt, wo der neue Erwerb dem Gemeinschuldner gehört und wo er auch während des Konkursverfahrens darüber frei verfügt, wird die Abfindung einzelner,

Wesen berührt; ein Vergleich, der den Konkurs beendigen soll, muß alle Gläubiger umfassen, sonst hilft er Nichts, er ist kein „Konkursvergleich". Dies gibt die Konkursordnung dadurch zu erkennen, daß sie von dem Einzelvergleiche des Gemeinschuldners mit einem oder einigen Gläubigern gar nicht spricht, wohl aber in §. 188 die Zustimmung sämmtlicher Gläubiger als Beendigungsgrund des Konkurses erwähnt.

Mit Recht spricht nun die Konkursordnung von einer „Zustimmung" der Gläubiger als der eigentlichen causa movens dieser Art von Beendigung des Verfahrens. Denn wenn auch, wie vorhin erwähnt, allerdings ein Interesse für die Gläubiger besteht, diesem Verfahren nicht seinen gewöhnlichen Lauf zu lassen, wenn es immerhin auch für sie vortheilhaft erachtet werden muß, die Abwicklung der Ueberschuldung im Vergleichswege zu schlichten, so kommt in Wahrheit die Sache im Großen und Ganzen doch immer darauf hinaus, daß die Gläubiger freiwillig Weniger nehmen als sie anzusprechen haben, daß sie sich „abfinden", daß sie an ihrer Forderung Etwas nachlassen. Der Nachlaß also ist der eigentliche Kern der Konkursvergleiche; noch weit mehr, wie der Vergleich im Einzelprozesse, fällt der Konkursvergleich in das Gebiet der Schenkungen. Daraus erklärt sich, daß in der Regel nicht vom Vergleiche im Konkurse, sondern von Moratorien, Stundungsverträgen, Akkorden und Nachlaßverträgen gesprochen wird.

§. 2.

Aber noch ein Unterschied zeigt sich zwischen dem Vergleich im Einzelprozesse und dem im Konkursverfahren. Während beim ersteren stets (oder doch gewöhnlich) nur die Parteien berührt werden, erscheint beim letzteren auch das Gemeinwesen interessirt [8]); denn für dasselbe ist es von Bedeutung, auf welchem Wege, wie schnell und in welchem Umfang die durch die Ueberschuldung entstandene Verkehrsstockung, die nie (oder wenigstens in der Regel nicht) auf die Person des einzelnen Schuldners beschränkt bleibt, oft unabsehbar in weite Kreise eingreift, wieder gehoben wird. Es besteht also ein volkswirthschaftliches Interesse, daß man Konkurse nicht durchführt, sondern durch Nachlaß beseitigt. Man hat daher von jeher aus politischen und nationalökonomischen Gründen [9]) le-

besonders störrischer Gläubiger eine Hauptaufgabe des Gantirers werden. Vgl. indessen die Erl. zu §. 211 u. 213 der KO.

8) Motive.

9) Bei den Israeliten wurde dieses Prinzip zum religiösen; bekanntlich bestand bei denselben (vgl. 3. Buch Moses Kap. 25) das Gebot des alle sieben mal sieben Jahre im sogenannten „Halljahre" wiederkehrenden Er-

gislativ auf dieses Ziel hingewirkt; man hat sich nicht begnügt, die Beförderung der Konkursvergleiche der Fürsorge der Gerichte zu empfehlen, sondern man ist weiter gegangen und hat den erzwungenen Nachlaß eingeführt, damit nicht durch den Unverstand oder Eigensinn des Einzelnen die Gesammtheit Schaden leide.

Schon das Römische Recht kannte ein solches Zwangsrecht, im Falle eine Erbschaft verschuldet ist und der Erbe dieselbe nicht ohne Nachlaß an den Erbschaftsschulden antreten will[10]), und aufbauend auf diese Institution entwickelte sich im Mittelalter auch für andere Ueberschuldungsfälle ein allgemeines Gewohnheitsrecht[11]), welches dann in den italienischen Städten gesetzliche Sanktion erhielt.

Schwieriger fand das Institut in Deutschland Eingang[12]) und noch bis in die neueste Zeit sträubte sich die Doktrin[13]) und die Gesetzgebung der einzelnen Partikularstaaten dagegen[14]). Wie bereits oben erwähnt,

---

lasses aller Schulden, welcher שְׁמִטָּה (Semitha) hieß. Auch in der Römischen Geschichte finden wir allgemeine gebotene Schulderlasse, der erste Erlaß kommt vor nach der Secession (Cicero de Republ. II. 34); im Jahre 307 wurde die bereits bezahlten Zinsen am Kapitale mittels Gesetz nachgelassen (Livius VI, 39).

10) Die Stellen sind fr. 7 §. 17—19, fr. 8, 9, 10 D. de pactis (2,14) fr. 58 §. 1 D. mandati (17,1). Die damals geltende Form war durch ein Rescript des Kaisers Marcus Aurelius Antoninus geordnet, bestand aber offenbar dem Wesen nach schon längst, Ulpian erwähnt eine Verordnung des Kaisers Pius.

11) Ausführliche Notizen bei Fuchs, Concursverfahren §. 14. Merkwürdig ist hiebei, daß die Wohlthat zuerst auf die entflohenen Bankerutteurs ausgedehnt wurde, welche man decoctores nannte (Straccha [1576], de conturbatoribus sive decoctoribus); die Florentiner Statuten beginnen: pro favore et commodo creditorum mercatorum cessantium et fugitivorum etc.

12) Viel mag hiezu der Umstand beigetragen haben, daß die Glossatoren und ebenso Bartolus und Baldus strenge an dem Römischen Rechte festhielten und eine Ausdehnung des Ausnahmsfalles nicht zuließen.

13) So sprechen sich noch Schweppe a. a. O. §. 19 und v. Bayer §. 39 entschieden gegen eine Ausdehnung aus. Die älteste in deutscher Sprache geschriebene Monographie über diese Materie überhaupt rührt von meinem Großvater, dem damaligen hochfürstlich Anspach-Bayreuthischen Regierungsrath und Hofgerichtsassessor C. Friedrich Wilhelm Frhn. v. Völderndorff her und ist zu Erlangen bei Johann Jakob Palm im Jahre 1788 gedruckt. Diese steht bereits auf den nunmehr zum Gesetze gewordenen Prinzipien.

14) Die Bayer. Prozeßordnung von 1869 gehört hieher; sie schließt in Art. 1316

ein Vergleich, zu dem der sich Vergleichende gezwungen wird, ist ein solches Monstrum, daß man der Theorie nicht verargen darf, wenn sie davor zurückschreckte. Indessen — wie die Motive [15]) bemerken — die Bedürfnisse des Lebens haben die theoretischen Bedenken überwunden und diese letzteren halten auch juristischer Prüfung nicht Stich. Freilich können diese kaum von dem Gesichtspunkte des „Vergleiches" aus beseitigt werden. Die Motive versuchen es zwar sehr geistreich in folgender Argumentation: „Wo einzelne Personen ihre Rechte selbstständig ausüben, gilt allerdings keine Mehrheit der Stimmen. Aber die Konkursgläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Konkursanspruch Aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen Rechte ihre Geltung, jedenfalls in dem höheren Werthe materieller Gerechtigkeit. Der gleiche vernünftige Zweck einzelner Schicksalsgenossen ist der sittliche Wille Aller [16]). Ihm sich fügen beschädigt nicht die persönliche Freiheit; ihn dem Widerspruch einiger Gläubiger zum Opfer zu bringen, beschädigt das allgemeine Recht. Der Zwang gegen die sich Weigernden ist daher gerechtfertigt, und er ist nicht zu entbehren." Allein mit Recht wird darauf aufmerksam gemacht, daß die Annahme einer eventuell rechtlichen Gemeinschaft der Gläubiger den Grundprinzipien der Konkursordnung (vgl. Abth. I S. 35 ff.) widerspricht und selbst bei einer communio Mehrheitsbeschlüsse unzulässig wären.

§. 3.

Unter diesen Umständen drängt sich der Gedanke auf, daß es überhaupt nicht thunlich sei, die Verpflichtung aller, selbst der noch unbekannten Gläubiger, einem von einer im Termine anwesenden Mehrheit gebilligten Nachlasse sich fügen zu müssen, auf einen durch Zwang zu Stande gebrachten Vergleich zu gründen. Der Wille sich zu vergleichen kann, wo er nicht vorhanden ist, nicht wohl fingirt werden; wohl aber ist es möglich, auch wider den Willen der Forderungsberechtigten dessen Forderung zu reduziren. Die Gläubiger, welche einen Vergleich nicht eingehen wollen, können dazu nicht gezwungen werden, aber dennoch müssen sie sich gefallen lassen, daß von einer höheren Macht auch ihnen nicht Mehr

u. 1317 den Zwang gegen die dissentirenden Gläubiger aus und hat nur ein gewisses Kompelle gegen die nicht Erscheinenden.

15) Motive zum I. E. Band 2 S. 127 ff., zum II E. S. 392.

16) Die Glosse zu fr. 7 §. 19 de pactis drückt diesen Gedanken so aus: **quod facit major pars, id omnes facere videntur.**

gewährt wird, als womit die Mehrheit sich begnügt.[17]) Diesen Gesichtspunkt hat nun zuerst Schultze[18]) hervorgehoben und von ihm aus in höchst geistvoller und nach meiner Meinung theoretisch vollkommen richtiger Weise das Rechtsinstitut des erzwungenen Nachlasses konstruirt. Er sagt (S. 120 ff): „Der sogenannte Zwangsvergleich ist überhaupt gar kein Vertrag, mithin auch kein Vergleich, sondern er ist ein richterliches Urtheil. Und zwar ein richterliches Urtheil, welches den Konkursanspruch unter den in ihm selbst festgesetzten Modalitäten für erledigt erkennt. Dieses richterliche Urtheil bedarf wie ein jedes Urtheil eines darauf gerichteten Antrages, d. i. des sogenannten „Vergleichsvorschlags". Das Urtheil kann außerdem nur ausgesprochen werden nach vorgängiger causae cognitio. Bei dieser causae cognitio bildet naturgemäß der in gewissen Formen konstatirte Wille der Mehrzahl der Konkursgläubiger ein wichtiges thatsächliches Moment, aber keineswegs das einzige oder auch nur ein stets maßgebendes. Vielmehr hat der Richter, bevor er auf Erledigung des Konkursanspruches mit Zahlung oder Sicherstellung einer Quote der Forderungen und Erlaß der anderen Quote erkennt, im weitesten Umfange und mit dem freiesten Ermessen die Rechtfertigkeit, Zweckmäßigkeit und Zuträglichkeit eines solchen Urtheils — ganz abgesehen von dem konstatirten Willen der Mehrheit — zu prüfen und je nach dem Ausfall dieser Prüfung den Antrag des Gemeinschuldners auch gegen den Willen der Mehrheit der Gläubiger zu verwerfen.

„Nicht die Mehrheit der Gläubiger ist es mithin, welche die Minderheit zum Abschluß eines Vertrages nöthigt, sondern die Staatsgewalt erkennt kraft Rechtens über die Modalitäten des Anspruchs der sämmtlichen Gläubiger. Der Zwang für die Minderheit liegt nicht in dem Willen der Mehrheit, sondern in der verfassungsmäßigen Gewalt des Richters. Die Minderheit wird gebunden nicht durch einen ihr abgenöthigten oder ihr aufgedrungenen oder bei ihr fingirten Vertragswillen, sondern durch richterliches Urtheil. Auch der Wille der konsentirenden Mehrzahl ist, selbst im Sinne jedes einzelnen Gläubigers, kein Vertragswille. Seine Aeußerung verpflichtet weder die Gläubiger selbst, noch (als Acceptation) den Gemeinschuldner. Vor dem richterlichen Urtheil ist rechtlich gar Nichts vorhanden. Die Willensäußerung der Mehrheit ist nicht Vertragswille, sondern lediglich Erkenntnißquelle für den Richter,

---

17) So singt Sarastro bekanntlich in der Zauberflöte:
„Zur Liebe kann ich dich nicht zwingen,
Doch schenk' ich Dir die Freiheit nicht."

18) Grundlagen, neunter Abschnitt.

Nichts als Material für seine causae cognitio, lediglich ein Indizium für die Rechtfertigkeit des vom Gemeinschuldner gestellten Antrags, und zwar nur ein Indizium unter vielen anderen möglichen Indizien dafür oder dawider. Das richterliche Urtheil, welches auf theilweisen Erlaß erkennt, endlich ist ebendeshalb keine Bestätigung eines Vergleiches, welcher gar nicht vorliegt, sondern es erkennt kraft richterlicher Machtvollkommenheit was Rechtens sein soll, auf Grund des gestellten Antrages und der stattgehabte causae cognitio. Es bestätigt nicht durch Vertrag geschaffenes Recht, sondern es macht richterliches Recht. Es ist nicht Legalisirung eines außerhalb seiner liegenden Rechtsquelle, sondern es ist selbst und allein Rechtsgrund".

Das Urtheil ergeht aber — nach Schultze — nicht zwischen der Mehrheit und Minderheit der Gläubiger, sondern zwischen dem Gemeinschuldner einerseits und allen Gläubigern (sowohl den zustimmenden als den widersprechenden, sowohl den bekannten als den unbekannten) auf der andern Seite. Die sämmtlichen Konkursgläubiger sind die eine Partei, also Streitgenossen, und zwar da es sich hier um ein Urtheil über den Konkursanspruch als solchen handelt, über welchen nur einheitlich und mit verbindlicher Kraft gegen alle Gläubiger entschieden werden kann, qualifizirte Streitgenossen (§. 59 der Civ.Pr.O).

Ich habe schon Eingangs bemerkt, daß ich die so eben näher dargelegte Theorie für richtig halte; allein ich muß anderseits zugeben [19]), daß die Deutsche Konkursordnung noch nicht auf diesem Standpunkte steht und daß deshalb die praktischen Entscheidungen [20]) nicht nach derselben getroffen werden können.

§. 4.

Das Gemeine Recht sowohl als die neueren Gesetzgebungen [21]) unterscheiden den Stundungsvertrag [22]) und den eigentlichen Nachlaß-

---

19) Vgl. Fitting §. 45 Note 6, v. Sarwey S. 764, v. Wilmowski S. 456, welche indessen die von Schultze aufgestellte Theorie auch an sich bekämpfen.

20) Z. B. über die Zulässigkeit einer Zurücknahme des Vergleichsvorschlags, welche nach Schultze bis nach erfolgter Bestätigung dauern müßte (vgl. §. 161 lit a II).

21) Der Inhalt dieser Gesetzgebungen ist sorgfältig zusammengestellt in dem Anlageband zu den Motiven und ausführlich erörtert und geprüft in den Motiven selbst. Ich muß mich begnügen, hier auf dieselben zu verweisen.

22) Das sogenannte Moratorium, die vom Landesherrn oder mittelst Spezialgesetzes gewährte Stundung hat denselben Charakter. Das Einf.-Ges. zur Civ.Pr.O. §. 14 Nr. 4 schafft auch die Spezialmoratorien ab.

vertrag. Die Konkursordnung faßt beide Institutionen zusammen. Nach ihr definirt sich der Akkord [23]) als „der Vergleich über die Aufhebung der zu Gunsten des Konkursanspruches erfolgten Vermögensbeschlagnahme", als „die Uebereinkunft über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens." Daß die Befriedigung für den Schuldner durch einen Dritten erfolgt, ändert Nichts am Begriff: immer stehen sich als Parteien die Gläubiger und der Schuldner gegenüber [24]). Zum Schutze der Gläubiger gegen solche Akkorde, welche durch die Sachlage nicht gerechtfertigt sind, hat die Konkursordnung — im Wesentlichen nach dem Vorbilde der Preußischen Konkursordnung — besondere Garantien in den Vorschriften über die Fälle der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs und in der freien richterlichen Prüfung der Sachlage gegeben, wozu noch als dritte Garantie die Vorprüfung durch den Gläubigerausschuß gezählt werden kann. [25])

Diese freie richterliche Prüfung ist in der Praxis eine schwierige Sache; es wird daher nicht überflüssig sein, nach den Motiven die Gesichtspunkte darzulegen, von welchen das Gesetz ausgegangen ist [26]). Hienach soll sich diese Thätigkeit des Richters nicht darauf allein erstrecken, zu prüfen, ob das vorgeschriebene Verfahren beobachtet, ob der Abschluß des Akkordes gesetzmäßig und ohne Betrug erfolgt sei [27]). Vielmehr hat der Richter zu untersuchen, ob der proponirte Vergleich auch wirklich materiell dem gemeinsamen Interesse aller Gläubiger nicht widerstreite; er hat insbesondere den Werth und die Ursachen des etwaigen Widerspruchs der Minorität zu erwägen. Nicht immer ist es Eigensinn oder Eigennutz, welcher diesen Widerspruch laut ruft; er kann auf gutem Grunde, auf besserer Einsicht beruhen. Zwar mag derselbe Vergleich den Einen vortheilhaft erscheinen, weil sie des Geldes bedürfen und lieber weniger aber rasch zu empfangen wünschen, den Anderen aber nachtheilig, weil

---

23) Motive zum II. E. S. 396.

24) Dies geht aus den einzelnen Bestimmungen des sechsten Titels klar hervor und ist nicht ohne Bedeutung für die Auslegung.

25) Fuchs, der deutsche Concursprozeß S. 143.

26) Ich übergehe aber hiebei als nur de lege ferenda von Bedeutung die (übrigens sehr überzeugenden) Ausführungen der Motive (II. E. S. 398 ff.), weshalb sich die richterliche Kognition und das im Gesetze aufgenommene Bestätigungsrecht legislativ rechtfertigen, und ebenso die dagegen vorgebrachten Gründe.

27) Wie z. B. die Bremer Debitverordnung und verschiedene andere Partikulargesetzgebungen vorschreiben.

ihnen damit gedient ist, ihre Forderungen, wenn auch zunächst als unrealisirbar, doch für die Zukunft in voller Höhe aufrecht zu erhalten; allein solche individuelle Rücksichten auf die einzelnen Gläubiger hat der Richter keineswegs zu nehmen, er hat nur das allgemeine, für alle Gläubiger gleiche Interesse in das Auge zu fassen. Und für diese ist nicht blos die Lage des Konkurses, sondern auch das Verhalten des Gemeinschuldners maßgebend. Die durch den Akkord gebotene Möglichkeit, schnell und erschöpfend alle Schuldverhältnisse zu lösen, darf nicht dem Gemeinschuldner als lockender Anreiz erscheinen, seinen Bedrängnissen durch Zahlungseinstellung ein Ende zu machen. Der Akkord soll ein Weg bleiben zur Abwicklung des Konkurses, nicht der Konkurs ein Mittel sein zur Gewinnung eines Akkordes. Anderseits aber darf für den Richter dieses Moment auch nicht zu schwer in die Wagschale fallen; die Prüfung kann das Interesse der öffentlichen Ordnung, welches die Berücksichtigung eines unwürdigen Schuldners verbietet, nicht unabhängig von den Abstimmungen, Erklärungen und Anträgen der Betheiligten von Amtswegen als entscheidend eintreten lassen[28]; auch gegenüber einem solchen Schuldner kann dem Akkord nur dann die rechtliche Wirksamkeit versagt werden, wenn derselbe zugleich nach irgend einer Seite das allgemeine Interesse der Gläubiger verletzt. Es darf die gerichtliche Prüfung des Akkordes den Zweck des Schutzes der widersprechenden Minderheit nie überschreiten; auch wenn der Schuldner noch so unwürdig wäre, auch wenn der Richter noch so sehr überzeugt ist, daß das Verhalten des Kridars vor oder nach der Eröffnung des Konkurses in keiner Weise eine Rücksicht verdient, so darf er doch die Genehmigung des Akkordes nur unter der Voraussetzung verweigern, daß Gläubiger — mindestens Einer unter den Gläubigern — gegen den Vergleich gestimmt haben oder der Bestätigung widersprechen[29]).

---

28) Diese Befugniß stand dem Richter zu nach Gemeinem Rechte, ebenso nach Art. 526 des Code de commerce, und auch die Pr. KO. §. 193 enthält die Bestimmung: „das Gericht hat die Bestätigung des Akkordes zu versagen, wenn das Interesse der öffentlichen Ordnung benachtheiligt erscheint.“ Sonach ist das in der KO. aufgenommene Prinzip ein bisher fast ungekanntes und daher besonders darauf aufmerksam zu machen.

29) Mit Recht machen die Motive aufmerksam, daß die Aufgabe, nicht blos über den Streit gegenüberstehender Parteien zu entscheiden, sondern Offizialjustiz auszuüben, den Richter in die schwierigste Lage versetzen würde. „Je strenger er seine Pflicht auffaßt, desto weniger wird er sich bei den Erklärungen des Schuldners und der Gläubiger beruhigen; er wird den Verwalter anweisen, diese und jene Thatsache an das Licht zu bringen,

§. 5.

Als eine der wichtigsten Folgen der Art und Weise, wie die Konkursordnung den Zwangsvergleich ausgebildet hat, stellt sich die Unmöglichkeit dar, neben demselben ein Akkordverfahren außerhalb des Konkurses, ein gerichtliches Verfahren zuzulassen, welches bestimmt ist, den Eintritt des Konkursverfahrens abzuwenden [30]). Wie die Motive (zum II. E. S. 433) ausführen, ist ein solches theils überflüssig, theils unzulässig [31]). Kann der Schuldner durch freie Zustimmung seiner Gläubiger einen Vergleich erzielen, so bedarf es nicht eines besonderen Verfahrens vor Gericht. Ein gerichtliches Verfahren setzt die Anwendung irgend eines Zwanges voraus. Durch dasselbe müßten die einzelnen Gläubiger in dem Andringen gegen den Schuldner durch Arrest und Exekution gehemmt und zur Theilnahme an dem Verfahren genöthigt werden; der in dem Verfahren geschlossene Vergleich müßte unter Umständen gegen die widersprechenden, jedenfalls aber gegen die ausbleibenden, geladenen Gläubiger Zwangswirkung

er selbst wird zum Vertheidigen und zum Anklagen, wie zum Gutachten sich berufen fühlen. Thatsachen, welche den Gläubigern unerheblich sind, erscheinen ihm bedenklich und von Gewicht." Dies ist durch das Gesetz nunmehr ausgeschlossen. Ohnehin ist der Begriff des „öffentlichen Interesse" ein schwankender. Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 10. Juli 1858 (Striethorst Bd. 30 S. 182 ff.) bemerkt: „das Interesse der öffentlichen Ordnung fällt zusammen mit den allgemeinen Interessen des Staates, der bürgerlichen Gesellschaft und der Sittlichkeit." Allein das sind offenbar Momente, welche zu erwägen kommen, wenn der Kridar bestraft werden soll, aber nicht solche, welche in das Parteiverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner einzugreifen gebieten.

30) Unter dem Namen „Debitwesen", „Moratorial"- oder „Ausgleichs-Verfahren", „Nachlaß"-, „Erlaß"-, „Borg"- oder „Stundungs-Verhandlungen" ist in verschiedenen früheren Partikularrechten, mehr noch aber durch eine laxe Praxis eine Verschleppungsmethode eingeführt gewesen, welche die Rechte der Gläubiger auf das Empfindlichste verletzte. Die neuere Gesetzgebung (Pr. KO. §. 210, Bayr. Pr.-O. v. 1869 u. s. w.) hat daher die entgegengesetzte Richtung verfolgt und jedes gerichtliche Verfahren zur Abwendung des Konkurses ausgeschlossen. Ohngeachtet der hiegegen vielfach gemachten Versuche (der vierte deutsche Handelstag von 1868 hat sich besonders hieran betheiligt) ist die Reichs-Gesetzgebung nicht darauf eingegangen, zum alten System zurückzukehren. Vgl. die Protokolle der Kommission S. 126 und 127.

31) Im I. E. §§. 223 und 256 war ein besonderes Verfahren unter Zuziehung von Vertrauensmännern zur Abwendung des Konkurses vorgeschlagen.

haben. Ein solcher Zwang wäre aber wieder nur nach einem Prüfungsverfahren möglich und es würde damit nur auf anderem Wege eine Art von Konkurs erzielt, der aber doch wieder kein Konkurs wäre. Hieraus ergibt sich, daß es den Gerichten fortan absolut verboten ist, zum Behufe eines Vergleiches oder zum Zwecke „gütlicher Vereinigung" eine Konvokation der Gläubiger, überhaupt irgend ein Verfahren einzuleiten; noch weniger wegen obschwebender Vergleichsverhandlungen die Einzelexekution zu hemmen [32]) oder sonst in den Gang der Prozesse einzugreifen. Einem Schuldner, welcher durch Unglücksfälle zahlungsunfähig geworden und die Garantien zu leisten im Stande ist, um zu einem „Vergleichsverfahren" zugelassen zu werden, wird es ohnehin gelingen, auch außergerichtlich mit seinen Gläubigern sich zu verständigen. Gelingt ihm dies nicht, so muß er eben dem Konkursverfahren sich unterwerfen. Der Zwangsvergleich ist nur in diesem selbst zulässig.

---

§. 160.

Zeitpunkt des Abschlusses. Abschließende Theile.

Sobald der allgemeine Prüfungstermin [a]) abgehalten [b]) und so lange nicht die Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt worden ist [c]), kann auf den Vorschlag des Gemeinschuldners [d]) zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern [e]) ein Zwangsvergleich [f]) geschlossen werden [g]).

I. E. §. 166; II. E. §. 160; Pr. H. E. Art. 844; Pr. KO. §. 181, 197; B. Pr. O. Art. 1316.

a. (der allgemeine Prüfungstermin).

Ein Vergleich der Gläubiger mit dem Gemeinschuldner kann zu jeder Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens und in jedem Stadium des Konkurses geschlossen werden. Nach Gemeinem Rechte (und verschiedenen anderen Gesetzgebungen) galt dasselbe auch vom Zwangsvergleiche; zu jeder beliebigen Zeit konnte der Gemeinschuldner seine Vorschläge machen und eine Majorisirung der dissentirenden Gläubiger begehren. Dies letztere ist von dem Gesetze (im Anschluß an die Preußische Konkursordnung und die meisten neueren Legislationen) nicht adoptirt [1]). „Der Akkord

---

32) Vgl. auch oben S. 179.

1) Den Vorschlag kann er machen, doch wird nicht darüber vollständig verhandelt. Vgl. lit. g.

bedarf — sagen die Motive [2]) — der gehörigen Grundlage; durch Ermittlung und Sicherung der dem Gemeinschuldner gehörigen, Feststellung der einem Absonderungsrechte unterworfenen, sowie Aussonderung der fremden Gegenstände, durch Inventur und Bilanz muß eine Uebersicht der Konkursmasse und eine Beurtheilung der Vergleichsvorschläge ermöglicht sein und gleichermaßen bedingt eine ausreichende auf sicherer Grundlage beruhende Theilnahme der Gläubiger den Ablauf einer gewissen Frist seit Eröffnung des Konkursverfahrens." Aus diesen Gründen ergibt sich die Auslegung des in §. 160 der KO. genannten Zeitpunktes. Nicht eine vollständige Prüfung oder Feststellung aller angemeldeten Forderungen ist die Voraussetzung; es genügt die Abhaltung des nach §. 102 festgesetzten sogenannten allgemeinen Prüfungstermines und es müssen nicht etwa die nach §. 130 anberaumten besonderen Termine abgewartet werden. Auch ist es irrelevant, welches Resultat der allgemeine Prüfungstermin ergeben hat; ob viele oder wenige, ob alle oder gar keine Forderung festgestellt wurden, hat an sich [3]) keinen weiteren Einfluß auf die Zulässigkeit des Zwangsvergleichsverfahrens.

b. (abgehalten)

Der Ausdruck: „sobald — abgehalten" zeigt, daß zwar, wenn der Prüfungstermin an einem Tage etwa nicht beendigt werden konnte, man auch die folgenden Tage abwarten muß, daß aber am Schlusse der Prüfung der Gemeinschuldner auch sofort die Ansetzung eines Vergleichstermines verlangen kann. Eine wirkliche Abschließung sofort am Schlusse des Prüfungstermines ist zwar gleichfalls im Gesetze nicht verboten [4]), allein dieselbe wird kaum möglich sein, wenn nicht der Gemeinschuldner rechtzeitig von der in §. 167 der KO. enthaltenen Befugniß Gebrauch gemacht hat [5]).

---

2) Zum II. E. S. 403.

3) Wohl aber hat das Resultat unter Umständen Bedeutung auf die Erledigung des Vorschlags, da ja das Stimmverhältniß davon abhängen kann.

4) Wegen der Worte: „sobald der Prüfungstermin abgehalten, kann ein Zwangsvergleich geschlossen werden."

5) Jedenfalls müßten sämmtliche Gläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, im Termine anwesend sein, denn außerdem stände ja die Vorschrift des §. 166, wonach zum Vergleichstermine diese Gläubiger zu laden sind, von vorneherein jeder Verhandlung entgegen. Aber selbst dies vorausgesetzt bezweifle ich, ob ein Zwang zum Vergleichsabschlusse thunlich wäre. Denn wenn auch die in §. 164 vorgeschriebene Erklärung des

c. (so lange nicht die Schlußvertheilung genehmigt worden ist).

Der Gemeinschuldner ist nicht gehalten, sofort nach dem Prüfungstermine mit seinem etwaigen Vergleichsvorschlage hervorzutreten; es steht ihm frei, dies auch an einem späteren Zeitpunkte zu thun. Den äußersten Termin aber bildet naturgemäß die Schlußvertheilung; nach derselben würde ja der Zwangsvergleich objektlos. Das Gesetz hat indessen nicht die wirkliche effektive Vertheilung als Endpunkt erklärt, sondern der Zwangsvergleich ist nur möglich, bevor das Gericht nach §. 149 Abs. 2 die Genehmigung ertheilt hat [6]), daß die Schlußvertheilung erfolgt. Nach dem Wortlaute des Gesetzes müßte nun eigentlich der Abschluß selbst vor diesen Endtermin fallen. Es könnte also, wenn z. B. am 13. Juni der Gemeinschuldner einen Akkord vorschlägt, am 14. Juni das Gericht die Schlußvertheilung genehmigen und damit den Vorschlag hinfällig machen. Dies ginge aber meines Erachtens zu weit, wenn auch — nachdem der §. 148 nur für die Abschlagsvertheilung [7]) dem Vorschlage des Zwangsvergleiches eine aufschiebende Wirkung beilegt und der Fortgang des Verfahrens, insbesondere die Verwerthung der Masse überhaupt durch einen Zwangsvergleichsvorschlag nicht aufgehalten werden darf — eine so spät erfolgte Proposition in der Regel resultatlos bleiben wird. Es wird also z. B. (um bei dem vorigen Beispiele zu bleiben) deshalb, weil am 13. Juni der Gemeinschuldner einen Akkordvorschlag gemacht hat, das Gericht nicht in der Lage sein [8]), den bereits gestellten Antrag des Ver-

---

Gläubigerausschusses sofort abgegeben werden könnte, so würde doch die in §. 165 angeordnete Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei unterlassen werden müssen, und ohne daß dies geschehen, wäre der Abschluß beim Widerspruch auch nur eines einzigen Gläubigers ungesetzlich. Stimmen freilich alle zu, dann kann allerdings schon am Schlusse der Prüfung der Vergleich geschlossen werden; aber dann ist es eben kein „Zwangsvergleich".

6) Wenn die Entscheidung des Konkursrichters mit Beschwerde angefochten wurde, ist die Genehmigung nicht definitiv ertheilt. Ich glaube also, daß ein bei solcher Sachlage vorgeschlagener Zwangsvergleich allerdings noch verhandelt werden muß; und wenn er zu Stande kommt, bevor die Beschwerde entschieden ist, würde der Abschluß nicht hinfällig, auch wenn später die erstinstanzielle Entscheidung oberstrichterlich genehmigt würde.

7) Und auch für diese nur unter der Voraussetzung, daß die Ausschlußfrist noch nicht abgelaufen ist.

8) A. A. Fitting §. 47 Note 2, Petersen S. 453 u. Wengler S. 608, welche es genügend erachten, wenn der Vorschlag vor der Genehmigung

walters auf Anberaumung des Schlußtermines und Genehmigung der Schlußvertheilung unentschieden zu lassen; vielmehr gibt es die Genehmigung, beraumt den Termin an, instruirt aber inzwischen den Vorschlag. Gelingt es dann nicht, den Vergleich noch vorher oder im Beginne des Schlußtermines zu Stande zu bringen, so hat es bei der Vertheilung sein Bewenden, und der Akkord ist beseitigt. Wird der Vorschlag aber selbst erst gemacht, nachdem das Gericht die Schlußvertheilung schon genehmigt hat, so wird er gar nicht mehr instruirt.

d. (auf den Vorschlag des Gemeinschuldners).

I. Nicht blos der Abschluß des Zwangsvergleiches, sondern auch der Vorschlag eines solchen kann nicht von einem Dritten für den Gemeinschuldner gemacht werden, sondern muß von diesem selbst ausgehen [9]). Damit ist indessen nicht gesagt, daß der Gemeinschuldner in Person handeln müsse; er kann sich eines Stellvertreters bedienen. Ebendeshalb [10]) glaube ich, daß ein von einem Dritten gemachter Vorschlag nicht sofort zurückzuweisen, sondern immerhin zu instruiren ist. Bevor indessen über den Vergleich im Termine verhandelt wird, muß natürlich die Erklärung des Gemeinschuldners, daß er den Vorschlag genehmigt, vorliegen.

Eine Ausnahme von dem Vorschlagsrecht des Gemeinschuldners enthält §. 196 der KO., wonach einer in Konkurs gerathenen Genossenschaft die Wohlthat des Zwangsvergleiches überhaupt entzogen ist.

II. Eine bestimmte Form ist für den Vorschlag zum Zwangsvergleiche nicht vorgeschrieben. Er kann daher in analoger Anwendung des §. 457 der Civ.-Pr.-O. sowohl schriftlich bei Gericht eingereicht als auf der Gerichtsschreiberei des betreffenden Amtsgerichtes zu Protokoll gegeben werden. Derselbe muß natürlich ausführlich genug sein, um bemessen zu können, ob die proponirte Vereinigung der Sache den Vorschriften des §. 168 der KO. entspricht, so daß der Gläubigerausschuß die in §. 164 der KO. vorgesehene Erklärung abgeben kann. Sollte dies nicht der Fall sein, so findet nicht eine Ergänzung von Amtswegen oder ein Verfahren statt, sondern der Gemeinschuldner hat es sich selbst zuzuschrei-

---

der Schlußvertheilung einläuft, worauf dann das Gericht diese nicht ansetzen dürfe, und v. Sarwey (S. 772), welcher dem Gericht wenigstens die Befugniß einräumt, die Schlußvertheilung zu verschieben.

9) Nach §. 200 der KO. müssen im Konkurse über Gesellschaften sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter und nach §. 206 bei einem überschuldeten Nachlaß sämmtliche Erben den Vorschlag gemeinsam machen.

10) Da ja eine Ratihabition immer möglich ist.

ben, wenn in Folge der Mangelhaftigkeit seines Vorschlages der Gläubigerausschuß sich für Ablehnung ausspricht.

c. (zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern).

Das Gesetz bestimmt in obigen Worten zwei wichtige Sätze. Vorerst wird nur dem Gemeinschuldner [11]), aber jedem Gemeinschuldner [12]) die Befugniß einen Zwangsvergleich einzugehen gewährt. Sodann aber wird ausgesprochen, daß der Vergleich geschlossen wird zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern [13]), daß also die bevorrechtigten Konkursgläubiger nicht gezwungen werden können, und zwar weder zu einem Nachlasse noch zu einer Stundung.

Unter die bevorrechtigten Gläubiger gehören nun zwar die Aussonderungsberechtigten, die Massegläubiger und die Absonderungsberechtigten [14]) nicht; allein diese gehören sämmtlich nicht zu den „Konkursgläubigern" und da der Zwangsvergleich nur zwischen Gemeinschuldner und Konkursgläubigern stattfindet, so fallen sie von selbst nicht unter diejenigen, welchen Stundung oder Nachlaß wider ihren Willen geboten werden darf.

Als diejenigen Konkursgläubiger, gegen welche ein Zwang nicht stattfindet, erscheinen demnach die in §. 54 Ziff. 1—5 incl. bezeichneten [15]).

---

11) Ein Dritter, welcher zu Gunsten des Gemeinschuldners eintritt und die Mittel zur Erfüllung des Zwangsvergleiches darbietet oder dafür einsteht, ist zwar in der Regel bei dem Abschlusse des Akkordes thätig; allein er kann dies nur, wenn der Gemeinschuldner mit Antheil nimmt und den Vergleich schließt. Gegen seinen Willen ist derselbe unmöglich.

12) Nur die Genossenschaft ist ausgenommen, vgl. §. 196 Abs. 2. Manche Gesetzgebungen — und selbst die Pr. KO. hat noch (Motive zum II. E. S. 404) hievon einen Anklang — gewähren die Wohlthat des Akkordes nur den Kaufleuten. Die Gründe hiegegen führen die Motive a. a. O. näher aus.

13) Ueber den Fall, daß alle Gläubiger zustimmen, siehe §. 169 lit. f.

14) Diese natürlich nur, soweit sie sich an das Absonderungsrecht halten; auf den Ausfall sind sie ja, wenn sie sich dafür an der Masse betheiligen, nur einfache Konkursgläubiger.

15) Im Römischen Rechte widersprechen sich über diese Frage Ulpian und Paulus, eine Antinomie, welche schon den Glossatoren zu schaffen machte [vgl. die Glosse zu fr. 58 D. (17, 1)], und welche von Heffter im Archiv für civil. Praxis Bd. X S. 534 ausführlich behandelt worden ist. (Vgl. auch Puchta, Pandekten, §. 297, und Vangerow, Lehrbuch Bd. III §. 583 Note 2). Die Doktrin des Gemeinen Rechtes schwankt; Schweppe

Es macht hiebei an sich keinen Unterschied, ob das Vorrecht anerkannt ist oder nicht; nur bei der Befriedigung wirkt dieser Umstand (vgl. §. 176 Abs. 2 der KO.). Ebenso ist es ohne Einfluß, ob die bevorrechtigten Gläubiger allein stehen oder nicht. Man könnte nämlich davon ausgehen, daß nur der Minderbevorrechtigte keinen Zwang gegen den oder die Besserbevorrechtigten ausüben dürfe, wohl aber die Gleichberechtigten unter sich [16]). Gesetzt also, es wären vier Aerzte, zwei Apotheker, ein Wundarzt und sechs Krankenpfleger in einem Konkurse betheiligt und von diesen dreizehn unter die vierte Vorzugsklasse fallenden Forderungsberechtigten würde die Mehrheit einem Zwangsvergleiche zustimmen, so könnte doch die Minderheit ihre volle Befriedigung verlangen. Selbst wenn die sämmtlichen Gläubiger, die sich gemeldet haben, gleich bevorrechtigte wären [17]), würde nach dem Wortlaute des Geses dennoch die Minderheit nicht zum Vergleiche gezwungen werden können.

Die nicht bevorzugten Konkursgläubiger sind dem Zwange unterworfen, und es ist hierbei auf §. 2 der KO. Bezug zu nehmen, nach dessen Inhalt auch derjenige Gläubiger als „Konkursgläubiger" erscheint, welcher einen persönlichen zur Zeit der Konkurseröffnung schon begründeten Vermögensanspruch hat [18]), wenn er auch diesen im Konkurse nicht angemeldet hat [19]).

f. (ein Zwangsvergleich).

Im Gemeinen Rechte wurde die Zwangsstundung und der unfreiwillige Nachlaß unterschieden; die KO. dagegen faßt unter dem Namen Zwangsvergleich beide zusammen. Unter letzterem Begriffe ist sonach jede Auseinandersetzung zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern zu subsumiren, durch die mittelst gewisser dem Schuldner gewährter Be-

---

z. B. (a. a. O. S. 94) befreit die Privilegirten erster Klasse, läßt aber gegen die übrigen Privilegirten den Zwang zu; v. Bayer a. a. O. S. 105 gestattet Zwang gegen Alle. Unser Gesetz folgt dem Französischen und bisherigen Preußischen Rechte.

16) So war es nach älterem Bayerischen Rechte, welches aussprach: „Was bei dem Dasein mehrerer Gläubiger der größere Theil derselben dem Schuldner an Zahlungsfristen und Nachlässen bestimmt, das muß sich (unter gewissen Voraussetzungen) auch der kleinere Theil von gleich oder weniger befreiten Gläubigern gefallen lassen." Vgl. Seuffert, Kommentar zur Ger.-O. Bd. IV S. 368.

17) Ein in praxi kaum vorkommender Fall.

18) Vgl Abth. I S. 102.

19) In §. 178 ist dies ausdrücklich ausgesprochen. Ueber die in §. 56 der KO. erwähnten Gläubiger siehe die dortige Erläuterung.

günstigungen, welche ihn in Stand setzen, die Gläubiger nach dem Willen der Mehrheit zufrieden zu stellen, das Konkursverfahren beendigt wird. Der Inhalt der Zwangsvergleiches kann also die Höhe der zu zahlenden Prozente, die Zeit, innerhalb welcher bezahlt werden soll, die Art der Forderungstilgung, die Sicherheit für Befriedigung u. s. w. betreffen. Ein theilweiser Nachlaß der Forderungen — sagen die Motive — wird die Regel bilden; indessen kann auch die Vollzahlung in Aussicht genommen und nur Stundung oder fristenweise Abtragung begehrt, es kann endlich auch außergerichtliche Liquidation der Masse mit oder ohne Zuziehung von Vertretern der Gläubiger proponirt werden; es kann endlich auch ein Dritter die volle oder theilweise Befriedigung der Gläubiger gegen Freigabe der Masse übernehmen. Alle diese Fälle sind nach den Bestimmungen des sechsten Titels zu beurtheilen.

g. (geschlossen werden).

Das Gesetz will nur den Abschluß des Zwangsvergleiches, das heißt also der gerichtlichen Verfügung, daß die Dissentirenden den Akkord annehmen müssen, als unzulässig vor Abhaltung des Prüfungstermines erklären. Vorgeschlagen kann der Vergleich zu jeder Zeit werden (vgl. oben S. 533). Geschieht dies, so wird der Vorschlag dem Verwalter und Gläubigerausschuß nach den §§. 163 und 164 zur Behandlung übergeben und überhaupt damit ordnungsgemäß verfahren; jedoch nur bis zur Unterbreitung desselben an die Gläubigerversammlung. Diese letztere kann immer nur frühestens am Schlusse des allgemeinen Prüfungstermines erfolgen.

---

§. 161.

Inhalt des Vergleichsvorschlages.

Der Vergleichsvorschlag [a]) muß angeben [b]), in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen [c]), sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben [d]) bewirkt werden soll.

I. E. §. 167; II. E. §. 161; Pr. H. E. —; Pr. K. O. —; B. Pr. O. —.

a. (der Vergleichsvorschlag).

I. Es läßt sich unterscheiden der Akkordantrag und der Vergleichsvorschlag. Wenn der Gemeinschuldner beantragte, es möge das Konkursgericht die vorschriftsmäßige Zusammenberufung der Gläubiger veranlassen, um das Verfahren mittelst eines Vergleiches zu beendigen, und

es möge inzwischen mit der Verwerthung der Masse innegehalten und etwaige Vertheilungen unterlassen werden (der sogenannte Akkordantrag), so genügte dies ehedem, um sofort die Sistirung des Konkurses herbeizuführen. Dies ist durch das Gesetz nunmehr ausgeschlossen. Der Gemeinschuldner muß nicht blos den Akkord beantragen, sondern er muß auch zugleich vorschlagen, wie der Akkord zu Stande kommen solle; er muß einen vollständig detaillirten Vergleichsvorschlag einreichen. Der erste Entwurf hatte in §. 167 vorgeschrieben, es müsse in jedem Vergleiche angegeben werden, zu welchen Prozentsätzen, in welchen Zahlungstheilen und in welchen Fristen die Befriedigung der Gläubiger erfolgen solle. Hiedurch ist der Inhalt des Vorschlages im Allgemeinen normirt, wobei indessen nicht ausgeschlossen ist, daß sich auch andere Offerte damit verbinden lassen [1]). Was, wann und wie gezahlt werden soll, dieses anzugeben erscheint sonach als unumgängliches Requisit eines jeden Vorschlages, der zu einem Zwangsvergleichsverfahren führen [2]), das heißt berücksichtigt werden soll.

II. Die Konkursordnung betrachtet den Vergleichsvorschlag als ein Anerbieten zu einem Vertragsabschlusse. Nach dieser Eigenschaft entscheidet sich daher die Frage, ob und wie lange ein solcher Vorschlag noch zurückgenommen werden kann [3]). Drei kontroverse Punkte sind hier besonders hervorzuheben:

A. Dauert das Widerrufsrecht des Gemeinschuldners bis zur Bestätigung des Vergleiches durch das Gericht oder nur bis zur Annahme des Offertes durch die Mehrheit der Gläubiger? Ich glaube, Letzteres; denn Subjekte des Zwangsvergleiches sind (nach dem Wortlaute des §. 160) nur der Schuldner und die Gläubiger. Die Bestätigung Seitens des Gerichtes bewirkt lediglich die Rechtsverbindlichkeit gegen die Dissentirenden; sie gewährt nicht dem Vergleiche zwischen den eigentlich Vertragschließenden seine Geltung [4]), sondern sie dehnt diese Geltung auch auf Personen aus, welche den Vertrag nicht geschlossen haben. Und

---

1) Vgl. §. 160 lit. f.

2) Daß der Vorschlag schriftlich eingereicht oder beim Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben werden kann, ist schon oben bemerkt worden.

3) Anders fällt die Entscheidung aus, wenn man den Vorschlag als Antrag auf eine richterliche Entscheidung ansieht, vgl oben §. 3.

4) Dagegen ließe sich allerdings sagen, daß auch zwischen diesen Paciscenten die Perfektion erst in Folge der richterlichen Bestätigung eintrete. Und nach der von Schultze vertretenen Ansicht wird man eine Zurücknahme des Antrags bis zum richterlichen Ausspruche höchstens vom Standpunkte der Analogie der Litispendenz ausschließen können.

wenn wohl nicht in Abrede zu stellen ist, daß Gläubiger, welche im Termine dem Vorschlage zugestimmt haben, nachträglich (auch bevor noch die richterliche Bestätigung erfolgte) nicht mehr zurücktreten können, so ergibt sich daraus, daß um so weniger der Vorschlagende selbst, dessen Offert angenommen wurde, den Widerruf noch ausüben kann.

Man möchte vielleicht noch einen Schritt weiter gehen und die Ansicht vertreten, daß schon von dem Momente an, in welchem der Vergleichsvorschlag vom Gläubigerausschusse nach §. 64 der KO. für annehmbar erklärt ist, der Gemeinschuldner gebunden erscheinen müsse, da mit diesem Momente der Vorschlag die Wirkung hat, daß die Verwerthung der Masse sistirt wird und sonach die Sache nicht mehr res integra bleibt. Doch würde dies meines Erachtens zu weit gehen. Man hätte allerdings eine solche Bestimmung aus praktischen Gründen legislatorisch treffen können. Allein da hierin eine Abweichung vom allgemeinen Rechte liegt, hätte sie auch ausdrücklich getroffen werden müssen, und bei Ermangelung einer solchen muß es bei der Regel bleiben [5]), um so mehr, als auch der §. 163 der KO. von der Zulässigkeit eines Widerrufes bis zum Termine ausgeht [6]).

B. Als zweite Zweifelsfrage läßt sich aufstellen: wie ist es, wenn der Gemeinschuldner stirbt, bevor der vorgeschlagene Zwangsvergleich zu Stande gekommen ist? Daß die Erben eine in der Gant befindliche Erbschaft nicht ohne die Rechtswohlthat des Inventars antreten werden, ist klar; ebenso wird nicht zu bestreiten sein, daß sie selbst für das Offert nicht persönlich verhaftet sind. Denn es ist allgemeine Rechtsregel [7]), daß unfertige Rechtsverhältnisse auf die Erben nicht übergehen [8]). Kritisch ist also nur die Frage, ob in solchem Falle die Gläubiger (abgesehen von einer durch die Erben zu machenden Leistung, welche wie gesagt

---

5) Der Gläubigerausschuß ist zwar Vertreter der Gesammtgläubigerschaft; allein was er zu thun hat, ist kein positives Annehmen des Vorschlages, sondern nur ein „Nichtzurückweisen".

6) Ebenso Sarwey S. (655) 778, Stieglitz S. 625 Anmerkung, v. Wilmowski S. 462.

7) Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II S. 162; Brinz, Pandekten (I. Aufl.) S. 1582.

8) Man könnte versucht sein, eine Ausnahme für den Fall zu behaupten, wenn der Gemeinschuldner ein Kaufmann war, weil der Art. 297 des A. D. HGB. den Antrag durch den Tod des Antragstellers nicht aufgehoben werden läßt. Allein der Antrag zum Akkorde ist sicher nicht als ein „in dem Handelsgewerbe" des Gemeinschuldners ergangener zu erklären.

letzteren nicht obliegen könnte) den Zwangsvergleich annehmen und damit den Konkurs zu Ende bringen können, oder ob der §. 206 der KO. in Mitte tritt und die sämmtlichen Erben den Vorschlag aufnehmen müssen, widrigenfalls er als nicht mehr wirksam erscheint. Ich glaube das Letztere, da hiefür die praktischen Gründe, welche den §. 206 motiviren (vgl. die Erläut. hiezu), auch im supponirten Falle maßgebend erscheinen.

C. Sehr häufig wird der Vergleichsvorschlag zwar vom Gemeinschuldner ausgehen, allein faktisch ein Dritter oder mehrere Dritte hinter dem Gemeinschuldner stehen; denn in der Regel kommt im Leben ein Akkord nur dann zu Stande, wenn ein Dritter zu Gunsten des Verganteten intervenirt. Hier ergibt sich nun die schwierige Frage: wie ist das Rechtsverhältniß des proponirenden Dritten gegenüber den Gläubigern? Gesetzt, der in Konkurs gerathene Kaufmann A schlägt seinen Gläubigern einen Akkord auf 50 %, zahlbar in zwei gleichen halbjährigen Fristen, vor, für deren strikte Einhaltung sich dessen vermöglicher Schwiegervater B haftbar macht. Sind die Gläubiger, bevor sie das Offert angenommen, berechtigt, den Schwiegervater B festzuhalten, oder kann dieser vor dem Termine abspringen und sich vom Vergleichsofferte zurückziehen? Es ist auch hier davon auszugehen, daß der Zwangsvergleich seinem Begriffe nach nur zwischen dem Gemeinschuldner und den Gläubigern geschlossen wird. In Folge und als Folge des abgeschlossenen Vergleiches kann dann allerdings die Haftung eines Dritten eintreten auch den Gläubigern gegenüber; vor Abschluß aber besteht aus der Intervention nur ein Verhältniß des Dritten zum Gemeinschuldner. Das dem A gemachte Versprechen des Schwiegervaters B, den Gläubigern des A, wenn sie damit zufrieden sind, 50 % in zwei halbjährigen Fristen zu zahlen, berechtigt zwar den A auf Erfüllung zu bringen, ohne Acceptation aber nicht die Gläubiger [9]).

Man könnte nun noch fragen, ob das Offert des B in solchem Falle auch dann hinfällig werde, wenn nur der A, nicht aber auch der B vor dem Termine es widerruft. Ich halte dies nicht für zweifelhaft; ein Zwangsvergleich jedenfalls läßt sich nicht mehr erzielen, wenn der Gemeinschuldner die Proposition verläßt [10]).

---

9) Es ist dies nur eine Anwendung des Satzes, daß vor Perfektion eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten der Promissar einseitig wieder zurücktreten kann. Freilich kann man hier als den Dritten, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen werden soll, ebensogut, wenn nicht eher, den Gemeinschuldner als die Gläubiger ansehen.

10) Daß der B für sich die Gläubiger abfinden kann, bleibt natürlich möglich; allein ein Zwang gegen Dissentirende tritt dann nicht ein.

b. (muß angeben).

Die Folge der Unterlassung einer genügenden Substanzirung des Vorschlags zum Zwangsvergleiche ist zwar in dem §. 161 nicht ausdrücklich ausgesprochen; sie kann aber nur in der Nichtberücksichtigung des Vorschlages liegen. Dies ergibt sich aus den Motiven zu dem Paragraphen, welche dahin gehen, „daß beim Mangel eines der Bestimmung des §. 161 entsprechenden Inhalts den Gläubigern die unentbehrliche Vorlage um ihre Entschließungen vorsorglich zu fassen und dem Verfahren die sichere Grundlage entzogen würde, und die Anwendung des Kontumazialprinzipes gegen die ausbleibenden Gläubiger keinenfalls gerechtfertigt erschiene." Ebenso also wie ein Schriftsatz, welcher des in §. 230 der Civ.-Pr.-O. vorgeschriebenen Inhaltes [11]) entbehrt, keine Klage ist, so wird ein Vorschlag, welcher das nicht enthält, was er nach §. 161 enthalten muß, nicht als Vergleichsoffert angesehen und vom Konkursrichter zurückgewiesen [12]). Hiebei bleibt es dem Offerenten natürlich vorbehalten, einen verbesserten Vorschlag einzubringen und es läßt sich eine Zurückweisung aus obigem formalen Grunde keineswegs als eine „Verwerfung" des Antrages ansehen, so daß daraufhin nicht der §. 163 der KO. Anwendung finden kann [13]).

c. (in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen soll).

Es ist bereits oben bemerkt, daß jeder Vergleichsvorschlag eine genaue Angabe enthalten muß, was gezahlt werden will, wann die Erfüllung des Zwangsvergleiches erfolgen soll, und wie diese Erfüllung ermöglicht werden kann. Namentlich hat der Richter über diesen letzteren Punkt eine genügende Substanzirung des Offertes zu verlangen, bevor er das Vergleichsverfahren einleitet; denn gerade davon wird es zumeist abhängen, ob die Gläubiger darauf eingehen, Nachlaß oder Stundung zu gewähren. Gesetzt also z. B., der in Konkurs gerathene Fabrikant A proponirt, er wolle die Fabrik fortbetreiben und mit deren Erträgnissen die Gläubiger nach und nach abzahlen; wer wird auf ein solches Offert ohne Weiteres eingehen und glauben, daß derjenige, der bisher für sich selbst Nichts zuwege brachte und abhauste, nun, wenn er für die Gläubiger arbeitet, besser reussiren wird? Hier müßte also angeführt werden, weshalb voraussichtlich jetzt die Sache gehen werde, z. B. weil der treffliche Direktor C die Fabrik führen wolle, weil der reiche Onkel D

11) „Derselbe muß enthalten" u. s. w.

12) Hiegegen ist Beschwerde zulässig. v. Wilmowski S. 459.

13) Ebenso Fitting S. 354 Note 11.

ein Betriebskapital zur Disposition gestellt habe, weil die bisherige Konkurrenz aufhöre und dergleichen. Schon aus diesem Beispiele ergibt sich, daß es unthunlich ist, alle bestimmten einzelnen Punkte aufzuzählen, welche das Zwangsvergleichsoffert enthalten muß, um den Vorschriften des §. 161 der KO. zu entsprechen, da sich dies nach der Beschaffenheit der Fälle höchst verschieden gestaltet. Allein als Grundsatz stellt sich dar, daß auf die Vorschläge des Gemeinschuldners hin die Gläubiger vollkommen im Stande sein müssen, zu prüfen, ob es für sie vortheilhafter ist, sich zu vergleichen, oder dem Konkurse seinen Lauf zu lassen. Solange eine solche Abwägung auf Grundlage des Offertes nicht mit einiger Sicherheit getroffen werden kann, ist das Offert als ungenügend substanzirt zu erachten [14]).

d. (ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben berücksichtigt werden soll).

Eben so wichtig wie die Art und Höhe der den Gläubigern vorgeschlagenen Abfindung ist eine Angabe, in welcher Weise die Gläubiger dafür sicher gestellt werden sollen, daß sie, wenn das Offert angenommen wird, auch wirklich befriedigt werden. Denn wenn dem Gemeinschuldner ohne Weiteres die Masse frei extradirt werden müßte, so würden in den meisten Fällen die Gläubiger das leere Nachsehen haben. Indessen ist eine Sicherheitsleistung nur praktisch nützlich, nicht nothwendig; es können die faktischen Verhältnisse so liegen, daß eine solche entbehrlich oder selbst unzweckmäßig erscheint. Deshalb schreibt das Gesetz vor, daß der Vorschlag enthalten müsse, ob eine Sicherstellung beabsichtigt sei oder nicht [15]). Im ersteren Falle ist dann weiter auch die Art der Sicherheitsleistung im Akkordantrage zu formuliren. Dieselbe kann entweder vom Gemeinschuldner selbst oder von einem Dritten gestellt werden. Letzteres ist das Häufigste, und geschieht in der Regel durch

14) Bei der Gefahr, daß frivole Gemeinschuldner das Institut das Zwangsvergleiches benützen werden, um die Befriedigung ihrer Gläubiger und den raschen Fortgang der Konkurse zu verhindern, — wird die Praxis gut thun, hier möglichst streng zu interpretiren.

15) Proponirt der Gemeinschuldner keine Sicherheit, die Gläubiger halten aber solche für nöthig, so stimmen sie eben gegen den Vergleich. Die Gläubiger können auch die Leistung der Sicherheit zur Bedingung des Vergleiches machen, so daß derselbe unwirksam sein soll, wenn diese Leistung nicht zu einer bestimmten Zeit erfolgt ist. Ob die richterliche Bestätigung von Erfüllung dieser Bedingung abhängig gemacht werden könne, vergl. unten. Die Aufhebung des Konkursverfahrens muß immer unbedingt erfolgen.

persönliche Uebernahme der Haftung für die versprochenen Quoten, sei es als Selbstzahler oder als Bürge. Mitunter (doch seltener) bestellt ein Dritter für Erfüllung des Akkordes Pfand oder Hypothek. Alle diese Modalitäten haben keine Besonderheiten, sondern richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes.

Der Gemeinschuldner selbst wird in der Regel die Sicherstellung seiner Propositionen dadurch erzielen müssen, daß er bis zur Erfüllung derselben einer Kontrole über seine Vermögensverwaltung sich unterwirft, z. B. sein Geschäft, die Oekonomie u. s. w. zwar selbst führt, aber die Kasse von einer von den Gläubigern bestimmten Vertrauensperson verwahrt wird, und Aehnliches. Auch in dieser Richtung ist nichts Besonderes zu bemerken. Hervorzuheben ist nur der Fall, daß in der Masse sich Immobilien befinden und diese für den Akkord haften sollen. Die Konkursordnung beschränkt sich in dieser Hinsicht auf die negative Vorschrift in §. 180, daß an sich der Zwangsvergleich keinen gesetzlichen Hypothektitel gewährt [16]). Demnach muß im Vergleichsvorschlage selbst genau angegeben werden, in welcher Weise die etwaigen Immobilien vinkulirt werden sollen, bevor die Vormerkung der Konkurseröffnung (§. 106) gelöscht wird. Es können die einzelnen Gläubiger mit ihren zugesicherten Quoten auf bestimmten Immobilien, es kann aber auch die Gesammtsumme der Vergleichsleistung auf dem Gesammtbesitze in der Form einer Forderung für den Verwalter oder in der Form einer Dispositionsbeschränkung eingetragen werden. Das Nähere richtet sich nach den verschiedenen Gesetzgebungen über die Grundbuchs-, Hypotheken- und Subhastationsordnungen [17]).

---

§. 162.

Unzulässigkeit des Zwangsvergleiches.

Ein Zwangsvergleich ist unzulässig [a]):

1) so lange [b]) der Gemeinschuldner flüchtig ist [c]) oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert [d]);

---

16) Vgl. auch die Erl. zu §. 168 lit. a.

17) Die Pr. KO. hatte sich in §. 200 viele Mühe gegeben, den Fall der Bestellung einer Hypothek für die Akkorderfüllung als solche zu ordnen. Praktisch dürfte der Fall nicht oft vorkommen; die Immobilien des Gantirers sind in der Regel wohl schon mit Hypotheken überlastet und die Realgläubiger bleiben ja vom Zwangsvergleiche unberührt, so daß für den Akkord Nichts übrig bleibt.

2) so lange ein wegen betrüglichen Bankerutts [e]) gegen den Gemeinschuldner eröffnetes Hauptverfahren [f]) oder wiederaufgenommenes Verfahren [g]) anhängig ist;
3) wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden ist [h]).

I. E. §. 168; II. E. §. 162; Pr. H. E. Art. 852; Pr. KO. §. 189; B. Pr. O. —

a. (ist unzulässig).

I. Wenn die in §. 162 Ziff. 1—3 aufgeführten Thatsachen vorliegen, ist sowohl der Vorschlag wie der Abschluß eines Zwangsvergleiches unzulässig. Wird demnach der Akkordantrag gestellt zu einer Zeit, wo einer der bezeichneten Gründe der Unzulässigkeit vorhanden ist, so muß der Antrag sofort zurückgewiesen werden [1]); ergibt sich der Grund erst nachträglich, so wird der Zwangsvergleich verworfen [2]). Der Konkursrichter hat von Amtswegen oder auf Antrag des Verwalters oder des Gläubigerausschusses [3]) die Thatsachen festzustellen, welche die Beurtheilung der Zulässigkeit des Zwangsvergleiches ermöglichen.

Ein eventuelles Hinwegfallen der Voraussetzung kommt nicht in Betracht. Wenn z. B. der Gemeinschuldner flüchtig ist, kann er nicht den Akkordantrag dadurch zulässig machen, daß er erklärt, im Falle der Genehmigung zurückkommen zu wollen; ebenso kann der in Untersuchung befangene Kridar nicht etwa vorsorglich (für den Fall der Beendigung der Untersuchung zu seinen Gunsten) das Vergleichsverfahren begehren.

II. Eine besondere Berücksichtigung erfordert die Frage: wieweit wirkt der §. 162, im Falle der Konkurs über mehrere Personen gemeinsam eröffnet ist, z. B. wenn ein Nachlaß, bei welchem mehrere Erben betheiligt sind, oder ein Gesellschaftsvermögen vergantet wird? Unter der Herrschaft der Pr. KO., welche in §. 189 dieselben Eingangsworte wie

---

1) Die Gläubiger brauchen in solchem Falle gar nicht erst gehört zu werden. Und selbst mit Zustimmung derselben könnte der Richter den Zwangsvergleich nicht bestätigen.

2) In beiden Fällen ist Beschwerde zulässig. Aber nur auf Seite des Gemeinschuldners. Die Gläubiger können zwar ein Interesse haben, daß anstatt des langwierigen Konkurses ein Akkord zu Stande komme. Da sie aber den Akkordantrag nicht stellen können, steht ihnen auch gegen die Abweisung des Antrages keine Beschwerde zu.

3) Auch ein einzelner Gläubiger kann diese Recherchen veranlassen; dagegen muß der Gemeinschuldner nicht etwa das Nichtvorhandensein eines Unzulässigkeitsgrundes darthun.

der obige Paragraph enthält, wurde angenommen [4]), daß beim Konkurse über Handelsgesellschaften, solange noch ein Gesellschafter vorhanden ist, welchem die im fraglichen Paragraphen aufgeführten Gründe nicht entgegenstehen, diesem der Antrag auf Schließung eines Akkordes über das Gesellschaftsvermögen nicht versagt sein könne, wenngleich die übrigen flüchtig oder betrügliche Bankeruttirer sind. Ich glaube nicht, daß diese Ansicht nach den Bestimmungen der §§. 200 und 206 der KO. sich noch halten läßt [5]). Denn nachdem inhaltlich dieser Paragraphen in solchem Falle der Zwangsvergleichsvorschlag von allen Interessenten gemeinsam gestellt sein muß [6]), der flüchtige Gesellschafter aber oder der Erbe, welcher aus dem Nachlaß heimlich Werthobjekte bei Seite geschafft hat und deshalb verurtheilt ist, einen Akkordantrag nicht stellen darf, so ist eben, auch wenn die übrigen Betheiligten ganz sauber sind, die Voraussetzung des Gesetzes doch nicht gegeben und es muß — wie es ja sonst im Leben auch wohl vorkommt — der Unschuldige mit dem Schuldigen leiden.

b. (so lange).

Nur das Bestehen der in Ziff. 1 und 2 genannten Voraussetzungen hindert den Vergleich. Fällt das thatsächliche Verhältniß, welches die Unzulässigkeit bedingt, hinweg, so ist das Verfahren unbehindert; tritt die Voraussetzung nach Einleitung desselben ein, so wirkt dieselbe zerstörend. Wenn demnach der anfänglich flüchtig gegangene Gemeinschuldner zurückgekehrt ist, kann seinem Vorschlage dieser frühere Unzulässigkeitsgrund nicht entgegengesetzt werden. Hat der Gemeinschuldner einen Vergleichsvorschlag persönlich eingereicht, ist aber nachher flüchtig gegangen, so kann er sich auf seine frühere Anwesenheit nicht berufen [7]). (Vgl. Motive zum II. E. S. 409).

---

4) Vgl. die Erörterung von Kreisgerichtsdirektor Hartmann in Gruchot Beiträge zum Pr. R. Bd. II N. V S. 293 ff.

5) Sie wird von Hartmann motivirt im Hinblicke auf das Pr. LR., welches die „Gesellschaft" als Einheit nicht kenne, sondern nur die Personen einzelner Gesellschafter, von denen jeder für sich die Gesellschaft durch seine Handlungen (also auch durch den Akkordantrag) berechtigen und verpflichten könne. Meiner Ansicht stimmen zu Fitting §. 47 Note 6, Petersen S. 456.

6) Demnach ausdrücklich eine Ausnahme von der Regel des Art. 114 d. A. d. HGB. aufgestellt ist.

7) Das Preuß. Obertribunal befolgte bisher die entgegengesetzte Praxis: „die Unzulässigkeit des Antrages auf Schließung eines Akkordes Seitens des flüchtig gewordenen Schuldners wird durch dessen spätere Rückkehr nicht wieder aufgehoben." Erk. des Berl. Obertrib. v. 16. Juli 1859 (Striet-

c. (flüchtig ist).

Der Grund, weshalb mit einem flüchtigen Gemeinschuldner nicht akkordirt werden kann, liegt wohl darin, daß die Anwesenheit desselben behufs Ertheilung der nöthigen Aufschlüsse und auch deshalb nothwendig ist, weil außerdem für die Erfüllung der von ihm gemachten Propositionen keine Garantie besteht. Hieraus ließe sich folgern, daß einerseits jede Abwesenheit vom Gerichtssitze ohne Bestellung einer Stellvertretung, sei sie heimlich oder bona fide erfolgt, unter den Paragraphen falle, und daß anderseits eine auch heimliche und unerlaubte Entfernung, wenn ein Vertreter vorhanden ist, Nichts schade. Ich glaube aber, um eine feste Basis zu bekommen, wird man den §. 93 der KO.[8]) hieher zu ziehen und davon auszugehen haben: „flüchtig" im Sinne des Gesetzes ist jeder Gemeinschuldner, welcher sich ohne Erlaubniß des Gerichtes von seinem Wohnorte entfernt hat. In diesem Falle kann er auch durch einen am Gerichtssitze anwesenden Bevollmächtigten keinen Vergleichsvorschlag machen; andernfalls — wenn er mit Erlaubniß des Gerichtes sich entfernt hat — hindert auch beim Mangel eines Stellvertreters dessen Nichtanwesenheit das Verfahren nicht [9]).

d. (die Ableistung des Offenbarungseides verweigert).

I „Ohne Inventar und Bilanz und deren eidliche Bekräftigung entzieht der Akkordvorschlag sich jeder Beurtheilung; zudem erregt die Weigerung Verdacht." (Motive.) Unter welchen Voraussetzungen der Manifestationseid als verweigert anzusehen ist, wurde oben (Abth. II S. 283 N. II) bereits erörtert.

II. Nur diese eine Renitenz schließt den Zwangsvergleich aus; anderweitiges unbotmäßiges Verhalten des Gemeinschuldners (z. B. wenn er, dem §. 92 der KO. zuwider, die geforderten Aufschlüsse verweigert) macht den Vorschlag nicht von vorneherein unzulässig, kann aber natürlich sowohl den Gläubigerausschuß bestimmen, den Vorschlag für unannehmbar zu erklären, als auch die Gläubiger veranlassen, gegen denselben zu stimmen. Selbst ein nach §§. 93 oder 98 verhafteter Gemeinschuldner kann einen Akkordantrag stellen, da die Haft (ausgenommen sie wäre wegen betrüglichen Bankeruttes verhängt) als Unzulässigkeitsgrund nicht erklärt ist.

---

horst Bd. 33 S. 340). Allein der §. 189 der Pr. KO. hatte eben nicht das Wort: „solange", sondern definirte die Voraussetzung: „wenn sich der Gemeinschuldner auf flüchtigen Fuß gesetzt hat."

8) Vgl. oben Abth. II S. 155 ff.

9) Wird seine persönliche Anwesenheit dringend nöthig, so läßt das Gericht ihn zurückkommen.

e. (wegen betrüglichen Bankerutts).

Der Thatbestand des betrüglichen Bankerutts richtet sich nach §. 209 der KO.[10]); die Untersuchung wegen einfachen Bankerutts hat an und für sich die Unzulässigkeit des Akkordvorschlages nicht zur Folge. Indessen bezweifle ich nicht, daß die Gläubiger berechtigt sind, ihre Entscheidung bis zum Ausgange des Verfahrens zu suspendiren [11]).

f. (Hauptverfahren).

Die Thatsache, daß über einen Gemeinschuldner Voruntersuchung wegen betrüglichen Bankerutts eingeleitet ist, genügt noch nicht, um jeden Zwangsvergleichvorschlag unzulässig erscheinen zu lassen; es muß das Gericht nach §. 205 der RStPrO. die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen haben.

g. (wiederaufgenommenes Verfahren).

Die Wiederaufnahme des Verfahrens[12]) findet statt 1) nach §. 205 der RStPrO., im Falle die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wurde, auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel; 2) nach §. 402 der RStPrO. im Falle der Freisprechung unter vier Voraussetzungen[13]).

Um nun den Akkordantrag unzulässig erscheinen zu lassen, genügt nicht die bloße Wiederaufnahme[14]) des Verfahrens, sondern es muß diese

---

10) Nachdem §. 281 des RStGB. durch das Einf.-Ges. aufgehoben ist.

11) Die Pr. KO. §. 189 Abs. 2 hatte im Falle eines Verfahrens oder einer Verurtheilung wegen einfachen Bankerutts eine von Amtswegen zu erholende und den Gläubigern mitzutheilende Aeußerung der Staatsanwaltschaft über die in der Untersuchung ermittelten Thatsachen vorgeschrieben. Wie die Motive (zum I. E. Bd. II S. 152) bemerken, ist diese Bestimmung bei dem „Verlassen der Offizialmaxime" nicht mehr angemessen erachtet worden. Hieraus folgt, daß auf Antrag des Verwalters, des Gläubigerausschusses oder der Gläubiger eine solche Aeußerung allerdings eingeholt werden kann.

12) Zu Ungunsten des Beschuldigten; die Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verurtheilten ist hier natürlich nicht in Frage.

13) Beweismittelfälschung, Meineid, Verletzung der Richterpflicht, Geständniß.

14) Wie es dem Wortlaute nach scheinen möchte. Die Gründe für die im Texte vertretene Ansicht sind:

α) es wäre offenbar unthunlich anzunehmen, daß derjenige, welcher bereits ein einstellendes oder gar freisprechendes Erkenntniß erlangt hatte, schlechter gestellt sein sollte, als derjenige, welcher sich in Voruntersuchung befindet;

β) die Motive zum II. E. (S. 409) drücken sich dahin aus: „durch die Eröffnung oder Wiederaufnahme des Hauptverfahrens erscheint der Gemeinschuldner zu sehr belastet" u. s. w.

Wiederaufnahme dazu geführt haben im ersten Falle: daß der das Hauptverfahren ablehnende frühere Beschluß nunmehr durch einen das Hauptverfahren eröffnenden ersetzt wurde, im zweiten Falle: daß nach §. 410 Abs. 2 der RStPrO. das Gericht die Erneuerung der Hauptverhandlung verordnet hat.

b. (rechtskräftig verurtheilt ist).

Aus dem Worte „rechtskräftig" darf nicht gefolgert werden, als trete die Unzulässigkeit des Akkordantrages erst mit der Rechtskraft einer Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts ein und ein solcher Akkordantrag sei also vor dem Eintritte der Rechtskraft zulässig. Denn hiegegen spricht die Ziff. 2 des §. 162 [15]).

Daß mildernde Umstände bei der Verurtheilung angenommen worden sind, schließt die Unzulässigkeit eines Akkordantrages nicht aus.

Wie ist es nun, wenn der Verurtheilte seine Strafe erstanden hat oder wenn er begnadigt worden ist? Die Motive begründen die obige Gesetzesbestimmung mit folgenden Worten: „Die Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts läßt denselben jedes Vertrauens unwürdig erscheinen; kein Gläubiger darf fortan genöthigt werden, sich mit ihm fernerhin einzulassen; im Interesse der Sittlichkeit und des öffentlichen Kredites muß gegen ihn die ganze Strenge des Gesetzes in Anwendung kommen; diesen höheren Rücksichten gegenüber würde selbst der Umstand, daß der Akkord für die Gläubiger vortheilhaft sein könnte, die Zulassung desselben nicht rechtfertigen." Aus dieser Motivirung geht hervor, daß die Unzulässigkeit des Zwangsvergleiches mit zu den Straffolgen des betrüglichen Bankerutts gehören soll und daß sonach auch der Vollzug oder der Erlaß der Strafe nicht diese Folge aufzuheben vermag. Indessen wird doch wohl die Vorschrift nur auf denjenigen Konkurs bezogen werden können, der einen betrüglichen Bankerutt in sich schließt, sie wird nicht aber auf alle Zeiten hinaus wirken. Gesetzt also Kaufmann A kommt am 1. Juni 1880 in Konkurs; sofort entdeckt sich, daß er seine Handelsbücher vernichtet hat, und die eingeleitete Untersuchung führt am 15. Juli 1880 zu einer Verurtheilung des A wegen betrüglichen Bankerutts unter mildernden Umständen zu viermonatlicher Gefängnißstrafe, die er am 20. Juli antritt. Nachdem er im November wieder entlassen, das Konkursverfahren aber noch nicht beendet ist, proponirt A unter Assistenz seines Bruders, welcher inzwischen eine reiche Partie gemacht hat, die

15) Der I. E. drückte sich richtiger dahin aus: „wenn wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner das Hauptverfahren eröffnet und er nicht rechtskräftig freigesprochen ist."

vollständige Zahlung nach Abzug der Zinsen und Kosten innerhalb 3 Jahren. Dieser Vorschlag ist unzulässig. Nachdem derselbe zurückgewiesen, entschließt sich der Bruder des A, sofort zu bezahlen, der Konkurs wird beendet und mit 1. Februar 1881 beginnt A ein neues Geschäft, welches auch einige Zeit prosperirt. Allein am 1. August 1883 muß sich A wiederum für insolvent erklären und sein Bruder, welcher ihm noch einmal helfen will, setzt ihn in den Stand, den Gläubigern 50% zu bieten. Dieser Vorschlag kann meines Erachtens nicht deßhalb für unzulässig erklärt werden, weil A früher wegen betrüglichen Bankerutts verurtheilt worden ist. Nur wenn er neuerdings abermals betrüglicher Bankeruttirer wäre, würde dies der Fall sein[16]).

Schlüßlich ergibt sich noch die Frage: wie ist es, wenn der Gemeinschuldner, welcher flüchtig ist oder wegen Bankeruttes verurtheilt wurde[17]), stirbt und nun der Konkurs in einen Konkurs über den Nachlaß übergeht? Können die Erben einen Zwangsvergleich vorschlagen oder ist ein solcher Antrag unzulässig? Ich glaube, daß die Befugniß zum Akkordantrag nur durch persönliches Verschulden verloren gehen kann, daß sonach die Erben, wenn nicht einer von ihnen selbst flüchtig oder Gehilfe des betrüglichen Bankeruttes ist, allerdings ohngeachtet der Handlungen ihres Erblassers die Wohlthat des Zwangsvergleiches beanspruchen können.

---

§. 163.

Zurückweisung des Vergleichsvorschlages durch das Gericht.

Auf Antrag[a]) des Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren[b]) kann das Gericht[c]) den Vergleichsvorschlag[d]) zurückweisen[e]), wenn bereits in dem Konkursverfahren[f]) ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt[g]) oder von dem Gerichte verworfen[h]) oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins[i]) zurückgezogen worden ist.

E. §. 170; II. E. §. 163; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 189 Nr. 3; B. Pr. O. —.

a. (Auf Antrag).

I. Das Gericht kann aus den in §. 162 aufgeführten Gründen, wie oben erwähnt, von Amtswegen den Vergleichsvorschlag zurückweisen, aus

---

16) Ebenso Petersen S. 457, Fitting S. 354 Note 10; A. M. Dernburg Bd. II S. 453, v. Wilmowski S. 461.

17) War er nur in Untersuchung, so entsteht kein Zweifel, da das Verfahren durch den Tod beendet wird und also das „solange“ der Ziff. 2 die Frage löst.

den im vorstehenden Paragraphen enthaltenen Gründen aber nicht. Hier ist ein Antrag abzuwarten, und zwar genügt der Antrag eines oder mehrerer Gläubiger nicht, sondern nur der des Verwalters oder des Gläubigerausschusses. Frage: wenn der eine oder andere Gläubiger der Ansicht ist, es solle die Zurückweisung beantragt werden, der Verwalter oder der Ausschuß stellt aber den Antrag nicht, welche Rechte haben diese dissentirenden Gläubiger? Keinenfalls können sie das Gericht zur Ausübung der in §. 75 statuirten Oberaufsicht anrufen; denn darin läge ja auf einem Umwege die Erzielung einer Zurückweisung ex officio. Es bleibt also den Dissentirenden nur der Antrag auf Berufung einer Gläubigerversammlung übrig, wenn sie die in §. 85 enthaltenen Voraussetzungen erfüllen, oder die Verwerfung des Vergleiches nach §. 169, wenn sie hiezu die erforderliche Stimmenmehrheit erlangen.

II. Nicht jede Thätigkeit des Gerichtes von Amtswegen aber erscheint als ausgeschlossen; denn damit der Antrag des Verwalters oder des Ausschusses erfolgen könne, muß das Gericht den Vorschlag dem Verwalter mittheilen [1]), der ihn dann an den Ausschuß gelangen läßt. Hiebei wird das Gericht eine Präklusivfrist zu bestimmen haben, nach deren Ablauf der Vergleichsvorschlag als zugelassen zu betrachten ist. Der Gemeinschuldner kann zur Abkürzung der Sache die Zustimmung des Verwalters und des Ausschusses selbst erholen und seinem Vorschlage beilegen.

b. (und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren).

Ist kein Gläubigerausschuß bestellt, so bedarf es nicht der Einberufung einer Gläubigerversammlung, sondern der Verwalter handelt selbständig; dies ist klar. Schwieriger ist aus dem Wortlaute des Paragraphen die Frage zu entscheiden: wie ist, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dessen Verhältniß zum Verwalter in Bezug auf die Beantragung einer Zurückweisung des gestellten Vergleichsvorschlages? Daß jedenfalls in diesem Falle der Ausschuß nicht umgangen werden kann, ist gewiß; keinenfalls darf der Antrag des Verwalters allein als genügend angesehen werden, wenn einmal ein Ausschuß vorhanden ist [2]). Dagegen wäre nach dem Wortlaute des Gesetzes allenfalls der Antrag des Ausschusses für genügend zu halten. Allein die Motive [3]) lassen eine andere Absicht

1) Denn mit diesem Vorschlage muß immer das Gericht befaßt werden, vgl. oben Abth. II S. 535.

2) Dies ließe sich schon aus §. 121 Ziff. 2 verb. „Vergleiche geschlossen" folgern.

3) Zum II. E. S. 411. Eine Debatte fand nicht statt, vgl. K. Prt. S. 111 und 183.

des Gesetzes erkennen, indem sie sagen: „um die Wahrnehmung sowohl des allseitigen Interesses der Gläubiger, auch derer, welche thatsächlich den bestehenden Ausschuß nicht gewählt haben, als des Interesses des Gemeinschuldners in möglichster Weise zu sichern, verlangt der Entwurf den übereinstimmenden Antrag zugleich des Konkursverwalters, dessen Stellung und Sachkenntniß eine mehr als begutachtende Mitwirkung erfordert." Danach müßte der Antrag jedesmal zugelassen werden, wenn nicht sowohl der Verwalter als der Ausschuß die Zurückweisung beantragen[4]) Da diese Nicht-Zurückweisung nur eine provisorische Entscheidung bildet und den Gläubigern immer freisteht, später noch den Vorschlag zu verwerfen, glaube ich, daß weder der Ausschuß die Zulassung des Vorschlages durch den Verwalter, noch der Verwalter die Zulassung des Vorschlags durch den Ausschuß irgendwie anfechten kann[5]).

c. (kann das Gericht).

Das Gericht ist an den Antrag auf „Nichtzurückweisung" gebunden; kommt ein Antrag auf Zurückweisung nicht ein, so muß es den Vorschlag zulassen. Dagegen ist das Gericht nicht an den Antrag auf Zurückweisung gebunden; auch wenn der Verwalter und der Ausschuß sich gegen Zulassung aussprechen, kann der Richter doch die Zulassung verfügen. Hiebei haben die thatsächlichen Verhältnisse Maß zu geben und das Gericht wird nicht leicht von den Anträgen des Verwalters und Ausschusses abgehen. Keinenfalls wird es solches thun, wenn nicht wesentliche Aenderungen im neuen Vorschlage gegenüber den früheren[6]) vorliegen oder wesentliche Aenderungen in der Lage des Konkursverfahrens seit dem früheren Vorschlage sich ergeben haben.

d. (den Vergleichsvorschlag).

Einerlei, ob derselbe mit dem früheren Vorschlage identisch ist oder nicht. Man könnte nach dem Grundsatze ne bis in idem zweifeln,[7]) ob ein und derselbe Vorschlag, obwohl er schon einmal resultatlos verlaufen ist, nochmals vorgebracht werden dürfe. In der Regel wird sich der Gemeinschuldner die desfallsigen Kosten sparen[8]); allein es ist immerhin

---

4) Da auch Fitting §. 47 Note 13, Hullmann S. 313 und v. Wilmowski S. (297) 462 diese Auslegung acceptiren, will ich — um die Praxis nicht in Zweifel zu stürzen — Nichts dagegen sagen.

5) Jedenfalls wäre es unpraktisch, hiewegen eine besondere Gläubigerversammlung zu berufen. Will diese verwerfen, so kann sie es ohnehin später.

6) Z. B. höhere Prozentsätze, Sicherstellung, raschere Art der Zahlung.

7) Hullmann S. 313 glaubt mit Unrecht, „die Rechtskraft" des früheren abweisenden Beschlusses stehe der Wiederholung entgegen.

8) Denn weil nicht die Einreichung des Vorschlages, sondern nur seine Billig-

denkbar, daß inzwischen Anlaß für den Gemeinschuldner gegeben erscheint, anzunehmen, daß er nunmehr glücklicher sein werde. In solchem Falle kann er offenbar auch mit demselben Vorschlage, wie er früher vergeblich versucht wurde, nochmals auftreten [9]). Der Richter muß denselben dem Verwalter mittheilen und dieser in Gemeinsamkeit mit dem Gläubigerausschuß hat zu entscheiden, ob sich die Verhältnisse so geändert haben, daß eine nochmalige Verhandlung ein anderes Resultat ergeben wird.

e. (zurückweisen).

Mittelst motivirten Beschlusses, welcher dem Gemeinschuldner zuzustellen ist. Dem Verwalter ist eine Zurückweisung nicht eigens zu insinuiren; da er ohnehin vorerst nicht innezuhalten braucht, z. B. in Versilberung der Masse u. s. w. [10]), so hat für ihn nur die „Nichtzurückweisung" Interesse, diese erfährt er aber durch die nach §. 164 im Falle der Zulassung zu treffenden Verfügungen.

Gegen die Zurückweisung steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu, gegen die Ablehnung des Antrages den Antragstellern [11]).

f. (in dem Konkursverfahren).

Natürlich in demselben Konkursverfahren; wenn also in einem früheren Konkurse über denselben Gemeinschuldner oder in einem gegen einen Mitschuldner gepflogenen Verfahren ein Vergleichsvorschlag abgelehnt war, ist dies irrelevant.

g. (ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt).

Das Gesetz sagt: „ein Vergleichsvorschlag", nicht „der"; es ist also auch ein veränderter Vergleichsvorschlag nicht unbedingt zuzulassen [12]). Aus

---

ung in der Vorprüfung das Verfahren sistirt, hat ein frivoles Vorschlagen kein Interesse mehr für den Gemeinschuldner.

9) Ebenso v. Sarwey S. (655) 777, Petersen S. 458, Meisner S. 343, Stieglitz S. 625, v. Wilmowski S. 462.

10) Vgl. §. 164 Abs. 2.

11) Ebenso Stieglitz S. 626, v. Wilmowski S. 462. A. M. Fitting S. 355 Note 13, welcher davon ausgeht, daß im Falle der Richter den Antrag auf Zurückweisung ablehnt, nicht etwa ein Dekret auf „Zulassung" ergeht und überhaupt kein Beschluß erfolgt, sondern lediglich das Verfahren seinen Fortgang hat. Dies ist gewiß richtig; es ist keineswegs geboten, daß der Richter den Antrag des Verwalters oder Ausschusses auf Zurückweisung des Zwangsvergleichsvorschlages seinerseits durch einrn besonderen Beschluß zurückweist; wenn er, ohngeachtet ein solcher Antrag vorliegt, dennoch die in §. 164 vorgesehene Verfügung trifft, liegt eben hierin implizite die Zurückweisung und kann dagegen Beschwerde ergriffen werden.

12) Diese Vorschrift wird sich nicht leicht irgendwo finden; dagegen ist umge-

welchen Gründen der frühere Vorschlag abgelehnt worden ist, kommt nicht in Betracht.

h. (von den Gerichten verworfen).

Auch hier hat das Gesetz keinen Unterschied gemacht, aus welchen Gründen der frühere Vorschlag verworfen worden ist.[13]) Insbesondere kann von einer „Rechtskraft" des früheren abweisenden Beschlusses nicht gesprochen werden [14]); und es steht daher auch dann nicht in der Befugniß des Gerichtes, von Amtswegen den neuen Akkord zu verwerfen [15]), wenn die Gründe des früheren Verfügungsbeschlusses dem wiederholten Vorschlage unbedingt entgegenstehen. Denn einestheils macht das Gesetz für diesen Fall keine Ausnahme, sondern der §. 163 schließt die Zurückweisung von Amtswegen unterschiedslos aus; anderntheils können immerhin die thatsächlichen Verhältnisse sich so geändert haben, daß nunmehr der Akkord selbst unter ungünstigeren Bedingungen den Gläubigern rathsam erscheint [16]).

i. (nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermines).

Es ist hier der in §. 166 erwähnte Termin gemeint und ist für den Zeitpunkt, an welchem die öffentliche Bekanntmachung als erfolgt anzusehen sein soll, die Erläuterung zu §. 68 (oben Abth. II. S. 37 ff.) zu vergleichen.

---

kehrt in vielen Rechten (z. B. in der Oester. KO. und in der Novelle zur Pr. KO.) verfügt, daß überhaupt, wenn der erste Akkordvorschlag nicht zum Ziele geführt hat, ein zweiter nicht mehr gebracht werden darf. Dies heißt, sagen die Motive, „das Kind mit dem Bade ausschütten."

13) Die Zurückweisung auf Grund der §§. 161 und 162 der KO. ist keine „Verwerfung". Ebenso Fitting S. 354 Note 11.

14) Motive zum II. E. S. 410: „Daß bei gerichtlicher Verwerfung des einen Akkordes einem neuen Akkorde nicht die Einrede rechtskräftiger Entscheidung entgegengestellt werden könnte, unterliegt wohl keinem Zweifel."

15) Wie solches Hullmann a. a. O. S. 313 behauptet. Mit mir stimmt überein v. Wilmowski S. 462.

16) Dies wird besonders, im Falle die Verwerfung auf Grund des §. 173 Ziff. 2 erfolgte, leicht denkbar sein; man erinnere sich nur z. B. an die bedeutenden Schwankungen, die im Handelsverkehre vorkommen und dergl.

§. 164.

Vorprüfung des Vergleichsvorschlages.

Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen [a]), so hat der Gläubigerausschuß [b]) sich über die Annehmbarkeit des Vorschlags [c]) zu erklären [d]).

Erklärt der Gläubigerausschuß den Vorschlag nicht für annehmbar [e]), so ist der Widerspruch des Gemeinschuldners [f]) gegen die Verwerthung der Masse [g]) nicht zu berücksichtigen.

I. E. §. 171; II. E. §. 164; Pr. H. E. —; Pr. KO.; B. Pr. O. Art. 1316 Abs. 1.

§. 165.

Offenlegung des Vorschlages.

Der Vorschlag [h]) und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen [i]).

I. E. §. 172; II. E. §. 165; Pr. H. E.; — Pr. KO. §. 181 Abs. 3; B. P. O. —.

a. (Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen).

Der Antrag des Gemeinschuldners auf Abschluß eines Zwangsvergleiches kann vom Gerichte ohne vorherige Instruktion zurückgewiesen werden:

1) wegen unrichtiger Zeit seines Einbringens (§. 160);
2) wegen ungenügenden Inhaltes (§. 161);
3) wegen Unwürdigkeit des Gemeinschuldners (§. 162);
4) wegen Widerspruches des Verwalters und Gläubigerausschusses im Falle einer Wiederholung (§. 163).

Die §§. 164 und 165 beziehen sich nun nicht, wie nach der Stellung anzunehmen sein möchte, lediglich auf den §. 163, also auf den Fall einer Erneuerung des Akkordantrages, sondern sie sollen allgemeine Norm für jeden Vergleichsvorschlag geben. Die Verfügung des Konkursrichters auf jeden Vergleichsvorschlag, sei es der erste oder ein wiederholter, ist demnach entweder Abweisung a limine oder Hinübergabe an die Vorprüfung [1]). Diese letztere fällt nur hinweg, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist.

---

1) Dieses Wort ist die technische Bezeichnung der in §. 164 enthaltenen Prüfung im Gegensatze zur definitiven Prüfung des Vorschlages im Termine.

b. (der Gläubigerausschuß).

Das Gericht verkehrt mit dem Verwalter; dasselbe wird deshalb den Vorschlag diesem zustellen, welcher dann die Aufgabe hat, ihn dem Ausschusse zu unterbreiten [2]). Wurde ein Ausschuß nicht bestellt, so liegt es in dem Ermessen des Verwalters [3]), ob er es für nöthig erachtet, daß eine Vorprüfung erfolge, oder ob er glaubt, auch ohne eine solche gutachtliche Vorinstruktion werde sich die Gläubigerversammlung im Vergleichstermine genügend auskennen [4]). Im ersteren Fall hat er die Wahl eines Ausschusses nach §. 79 zu provoziren; in der Regel aber, da die Bestellung eines Ausschusses doch wohl nur in ganz einfachen Konkursen unterbleiben wird, genügt, im Falle ein Ausschuß nicht vorhanden ist, die Prüfung durch den Verwalter und dessen gutachtliche Aeußerung im Termine.

c. (über die Annehmbarkeit des Vorschlages).

Die Hauptaufgabe des Ausschusses wird sein, sich vom Gemeinschuldner, den er nach §. 92 laden und hören kann, volle Information zu verschaffen, und ich glaube, es wird nicht ausgeschlossen sein dürfen, daß mit demselben und dem etwa für den Schuldner eintretenden Dritten der Vorschlag so gestaltet wird, wie er „annehmbar“ erscheint. Die Thätigkeit des Ausschusses soll also nicht ein starres „Ja“ oder „Nein“ sein, sondern eine Begutachtung, unter welchen etwaigen Modifikationen, Sicherungen, Erweiterungen u. dgl. der Vorschlag acceptabel wäre [5]).

d. (zu erklären).

Diese Erklärung hat schriftlich zu geschehen; sie ist von den Aus-

---

2) Der Gemeinschuldner kann natürlich auch vor Einreichung seines Vorschlages bei Gericht ihn der Vorprüfung durch den Ausschuß unterstellen und dessen Erklärung der Abkürzung halber gleich mitvorlegen.

3) Man könnte aus der unbedingt hingestellten Fassung argumentiren wollen, daß, sobald ein Zwangsvergleich proponirt ist, ein Ausschuß bestellt werden müsse. Allein es ergibt sich aus den Motiven, daß solches nicht Absicht des Gesetzgebers war.

4) Denn dies ist die hauptsächlichste Funktion der Vorprüfung. „Sie wird“ — sagen die Motive — „das geeignetste Mittel bilden, die für die Gläubiger unentbehrliche Information zu beschaffen, den geeignetsten Weg, die Vergleichsbedingungen dem Stand der Sache entsprechend mit dem Gemeinschuldner zu reguliren, und wird dem einzelnen namentlich entfernten Gläubiger für seine Entschließung, dem Schuldner für den Erfolg seines Vorschlags den sichersten Anhalt bieten.“

5) Solche gütliche Abkommen sind möglichst zu unterstützen; denn, wie sich schon der alte Gundling nach Kreittmayr's Citat zu Cod. jud. cap. XVIII §. 13 n 1 ausdrückt: „mit dem jure stricto et rigoroso, dessen sich der Schalksknecht im Evangelio bedient hat, kommt man nicht in den Himmel.“

schußmitgliedern zu unterzeichnen. Der Verwalter wird ein Separatgutachten abgeben können, welches gleichfalls auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist.

Wie ist es, wenn der Ausschuß keine Erklärung abgiebt? Ein Mittel, ihn zu einer solchen zu zwingen, hat das Gericht nicht. Man kann nun davon ausgehen, daß die Vorprüfung durch den Ausschuß ein unabweisliches Erforderniß sei, um dem §. 165 zu genügen, und daß also ohne eine solche das Akkordverfahren überhaupt nicht weiter fortgesetzt werden könne. Ich glaube indessen,[6]) daß, nachdem das Verfahren ohngeachtet einer Erklärung des Ausschusses, der Vorschlag sei unannehmbar, fortgeht, dies auch stattfinden müsse, wenn der Ausschuß sich überhaupt nicht erklärt. Ich glaube aber noch weiter, daß der Abs. 2 des §. 164 in solchem Falle keine Anwendung findet, da derselbe voraussetzt, daß sich der Ausschuß gegen den Vorschlag erklärt habe. Hat er sich aber überhaupt nicht erklärt, so hat er sich eo ipso auch nicht dagegen erklärt.

e. (nicht für annehmbar).

Die Vorprüfung durch den Ausschuß ist nichts Anderes als die Erholung eines „Referates" für die Gläubigerversammlung. Auch wenn der Ausschuß den Vorschlag für ganz und gar unannehmbar erklären würde, könnte derselbe doch nicht zurückgewiesen werden; einen Termin muß das Gericht anberaumen und erst die Gläubigerversammlung ist befugt, den Vergleich abzulehnen. Dagegen kann auf eine solche Unannehmbarkeits-Erklärung hin der Gemeinschuldner den Vorschlag zurückziehen, ohne daß ihm dies einen Nachtheil bringt [7]).

f. (ein Widerspruch des Gemeinschuldners).

Die Erklärung über die Annehmbarkeit des Vorschlages durch den Ausschuß hat keine rechtlichen Folgen. Das Verfahren wird nicht sistirt, auch, wenn der Vorschlag für annehmbar erklärt wird, während die Erklärung der Unannehmbarkeit Seitens des Ausschusses den Vorschlag noch nicht hinfällig macht. „Der Ausschuß kann dem Willen der einzelnen Gläubiger nicht vorgreifen — sagen die Motive. — Indeß fällt der thatsächliche Einfluß in's Gewicht, den die Vorprüfung durch den Ausschuß üben wird. Sie wird (wie bereits bemerkt) „das geeignete Mittel bilden, die für die Gläubiger unentbehrliche Information zu beschaffen, der geeignetste Weg sein,

---

6) v. Sarwey S. 658 und v. Wilmowski S. 463 stimmen mir zu. Letzterer zitirt Hullmann S. 314 als anderer Ansicht, was ich nicht finden kann.

7) Denn §. 163 spricht nur vom Zurückziehen nach der Bekanntmachung des Termines.

die Vergleichs-Bedingungen dem Stand der Sache entsprechend mit dem Gemeinschuldner zu reguliren, und wird dem einzelnen, namentlich entfernten Gläubiger für seine Entschließung, dem Schuldner für den Erfolg seines Vorschlags den sichersten Anhalt bieten." Das Verhältniß ist nur das, daß, wenn der Ausschuß die Unannehmbarkeit erklärt, der Verwalter unter allen Umständen auch gegen den Willen des Gemeinschuldners fortfährt, die Masse zu versilbern, daß dagegen, wenn der Ausschuß den Vorschlag für annehmbar hält, der Kridar befugt ist, einen Antrag auf Sistirung der Verwerthung zu stellen. Glaubt der Verwalter diesem Antrage nicht stattgeben zu können [8]), so ist er nicht gehindert, in der Versilberung der Masse fortzufahren. Nur muß er hiezu nach §. 121 Nr. 1 die Zustimmung des Ausschusses erholen [9]).

Ist ein Ausschuß nicht bestellt, so tritt die Vorschrift des §. 123 der KO. ein, das heißt, der Verwalter muß, soferne er ohngeachtet des eingereichten Vergleichsvorschlages [10]) mit der Verwerthung der Masse vorgehen will, den Gemeinschuldner hören und dieser kann das Gericht anrufen (vgl. §. 123 Abs. 2), damit dasselbe nöthigenfalls ungerechtfertigtes Vorgehen des Verwalters im allgemeinen Interesse inhibire.

g. (Verwerthung der Masse.)

Ich ziehe unter diesen Ausdruck auch die im §. 117 der KO. erwähnte Verwerthung von Absonderungsobjekten, denn auch diese gehören zur Masse [11]).

h. (Der Vorschlag.)

Nämlich der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners.

i. (auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.)

„Der Vergleichsvorschlag ist wie jedes den Gang des Konkursverfahrens bestimmende Gesuch bei Gericht einzureichen [12]). Geschieht die Einreichung vor der Abhaltung oder dem Schlusse des Prüfungstermins, so

---

8) Er muß natürlich hiezu einen Anlaß haben; entweder er selbst hält den Vorschlag im Gegensatze zum Gutachten des Ausschusses für unannehmbar oder es ist Gefahr auf Verzug und dergleichen.

9) Vgl. oben Abth. II. S. 323.

10) Hier kommt es rechtlich nicht darauf an, ob etwa der Verwalter den Vorschlag für annehmbar hält oder nicht; thatsächlich aber wird er im ersten Falle nicht wohl in der Masseversilberung weiter vorgehen.

11) Wie Fitting §. 47 Note 15 mit Recht bemerkt, wird das Gericht in diesem Falle auch nicht die nach §. 148 vom Gemeinschuldner beantragte Aussetzung einer Abschlagsvertheilung zu bewilligen haben.

12) Oder zu Protokoll zu geben, vgl. oben Abth. II S. 360 u.

ist es Sache des Gemeinschuldners, die Konstatirung desselben zu beantragen, um den Eintritt des durch §. 121 Nr. 1 vorgesehenen Falles außer Zweifel zu stellen." (Motive.) Ueber die weiteren Punkte, welche bei Auslegung dieser Bestimmung in Betracht kommen, siehe oben Abth. II S. 363 . Die Niederlegung erfolgt gleichzeitig mit der Ansetzung des Vergleichstermines und wird dadurch den Gläubigern bekannt.

---

§. 166.

Anberaumung und Bekanntmachung des Vergleichstermines.

Der Vergleichstermin [a]) soll nicht über einen Monat hinaus [b]) anberaumt werden. Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen [c]). Zu demselben sind unter Mittheilung des Vergleichsvorschlages [d]) und des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses [e]) die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger [f]), welche Forderungen angemeldet haben [g]), besonders zu laden [h]).

I. E. §. 173; II. E. §. 166; Pr. H. E. Art. 845 Abs. 1, 846; Pr. KO. §§. 183 Ziff. 1, 184; B. Pr. O. Art. 1316 Abs. 3. —.

§. 167.

Verbindung des Vergleichstermines und des Prüfungstermines.

Auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren [i]) kann das Gericht [k]) den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbinden [l]).

I. E. —; II. E. §. 167; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Der Vergleichstermin.)

I. Die Beschlußfassung der Gläubiger über den Zwangsvergleichsvorschlag muß immer in einer eigens hiezu berufenen Versammlung erfolgen. Nur was in dem hiefür angesetzten Termine verhandelt wird, kann die Grundlage für die richterliche Bestätigung und die weiteren rechtlichen Folgen bilden. Die Motive, welchen diese Worte entnommen sind, sprechen sich hiebei gegen das sog. „Kolportiren des Akkordvorschlages" aus; allein doch wohl nur in soweit, daß als entscheidend nur die im Termine Seitens der Gläubiger abgegebenen Erklärungen sich darstellen. Dagegen halte ich unter Umständen ein vorheriges Benehmen des Gemeinschuldners mit den Hauptgläubigern nicht für ausgeschlossen; nur

muß festgehalten werden, daß, „was vor dem Termine geschehen, nur zur Vorbereitung des Ergebnisses dient [1]), wie denn auch nachträgliche Ergänzungen und Aenderungen einflußlos auf dasselbe sind.“ (Motive.)

II. Muß der Gemeinschuldner beim Termine erscheinen? Die Pr. KO. §. 183 Abs. 3 hatte dieses vorgeschrieben, der obige Paragraph verlangt dessen Ladung nicht [2]) und noch weniger dessen Erscheinen. Allerdings bleibt die allgemeine Vorschrift aufrecht (vgl. §§. 92 u. 93), wonach der Kridar, wenn dies Seitens der Gläubigerversammlung begehrt und vom Gerichte gebilligt wird, oder wenn der Verwalter und der Ausschuß solches für nöthig erachten, sich der Pflicht, Auskunft zu ertheilen, nicht entziehen darf. „Er wird auch im eigenen Interesse dem Erscheinen ohne Noth sich nicht entziehen wollen.“ (Motive.) Doch ist jedenfalls [3]) persönliches Erscheinen des Gemeinschuldners nicht geboten [4]), ja (wie die Motive mit Grund bemerken) es mag unter Umständen für den Abschluß des Vergleiches eine Vertretung des Kridars durch einen Dritten förderlicher sein, als sein persönliches Erscheinen. Etwaige Dritte, welche für die Erfüllung des Vergleiches eintreten, werden in der Versammlung zuzulassen sein.

III. Der Verwalter muß jedenfalls, entweder selbst oder durch einen informirten Stellvertreter, beim Termine anwesend sein [5]). (Vgl.

---

1) Hätte daher auch der Gemeinschuldner sich auf diesem Wege die urkundliche Zustimmmung eines Gläubigers verschafft, so könnte er doch mit derselben im Termine nicht aufkommen (vergl. auch §. 89 und die Erl. hiezu oben Abth. II S. 119). Ja derselbe Gläubiger könnte im Termine anders stimmen und diese Stimmgabe würde allein maßgebend sein. Ob der Gemeinschuldner aber dann nicht eine Schadensersatzklage hätte? Ich glaube wohl, nicht aber eine solche auf „Erfüllung“.

2) Wie v. Sarwey bei der Berathung (K. Prt. S. 184) bemerkte, war es literarisch beanstandet worden, daß weder der Gemeinschuldner noch der Verwalter zu laden sei; allein mit Recht erinnerte Regierungsrath Hagens, daß ja der Gemeinschuldner der betreibende Theil sei.

3) Z. B. bei Krankheit, Verhinderung u. s. w.

4) Der I. E. §. 174 Abs. 2 enthielt die Bestimmung: „Erscheint der Gemeinschuldner in dem Termine nicht, so gilt der Vergleichsvorschlag als zurückgenommen.“ Damit, daß diese Vorschrift im Gesetze nicht aufgenommen worden ist, erscheint festgestellt, daß obiges Präjudiz nicht mehr allgemein gilt; indessen wird wohl unter Umständen das Gericht unter obigem Präjudize den Gemeinschuldner laden können, da es ja sogar denselben zwangsweise dürfte vorführen lassen.

5) Stieglitz S. 634 Note 6 hält seine Anwesenheit nicht für absolut noth-

oben Abth. II S. 135 u. 373.) Doch bedarf es keiner besonderen Ladung desselben, da er ohnehin durch die Vorverhandlung von der Anberaumung des Termins genügende Kenntniß erhält und durch die öffentliche Bekanntmachung des letzteren geladen ist.

IV. Sowohl nach der Pr. KO. [6]) als nach verschiedenen Partikularrechten mußte dem Zwangsvergleichstermine ein sogenannter Erörterungstermin vorausgehen, in welchem die angemeldeten Forderungen behufs ihrer Theilnahme an der Abstimmung über den Zwangsvergleich festgestellt werden sollten. Im I. E. §. 170 war sogar als Grund zu einer Zurückweisung des Vorschlages der Umstand aufgestellt, daß die Hälfte der Konkursforderungen noch nicht festgestellt oder vorläufig zugelassen sei. Nach dem gegenwärtigen Gesetze bedarf es einer solchen Schranke nicht mehr, da nach §. 87 Abs. 1 das Stimmrecht jeder angemeldeten Forderung im Prüfungstermine [7]) festgesetzt wird, und die nach dem Prüfungstermine angemeldeten Ansprüche entweder noch vor dem Vergleichstermine nach §. 130 festgestellt oder ihre Stimmrechte nach §. 87 Abs. 2 im Termine selbst geordnet werden können [8]). Es bleibt sonach möglich und wünschenswerth, auf Grund der Tabelle eine Liste der beim Vergleichsabschlusse stimmberechtigten Gläubiger und Forderungen vor dem Vergleichstermine vorzubereiten, um die nach §. 169 nöthige Berechnung sofort vornehmen zu können. Abgeschlossen kann dieselbe freilich erst im Termine selbst werden, weil immerhin über einzelne Nachzügler erst bei dessen Beginn zu verhandeln sein kann. (Motive.)

V. Hinsichtlich des Verfahrens im Vergleichstermine sind im Allgemeinen die Bestimmungen über das Verfahren in den Gläubigerversammlungen maßgebend. (Vgl. oben Abth. II S. 118 ff.) [9]).

---

wendig, doch setze er sich im Falle Ausbleibens disziplinärer Beahndung aus.

6) § 182.

7) Und wenn der Vergleichstermin mit dem Wahl- oder Prüfungstermine verbunden wird, muß immerhin die Wahl und sodann die Prüfung vorausgehen.

8) Die Motive sagen: „Anmeldungen im Vergleichstermine selbst brauchen nicht mehr angenommen zu werden (§. 127).“ Dies ist richtig. Erfolgen können zwar dieselben (vgl. oben Abth. II S. 376), aber wenn ein Widerspruch erhoben wird — und dies wird im supponirten Falle kaum ausbleiben – sind sie nicht stimmberechtigt. Andernfalls wird ihr Stimmrecht auch nach §. 87 Abs. 2 normirt.

9) Die Pr. KO. und auch der I. E. geben über das Verfahren detaillirte Vorschriften. Diese ergeben sich aber von selbst aus der Natur der Sache und den sonstigen Prinzipien der KO.

Die Verhandlungen beginnen mit Feststellung der Stimmberechtigungen. Sodann wird der Vergleichsvorschlag zur Kenntniß der Versammelten gebracht. Die Motive sagen: „der Gemeinschuldner hat ihn zu begründen, der Verwalter und Gläubigerausschuß sich gutachtlich zu äußern" [10]). Ich halte ersteres nicht für nothwendig; es ist allerdings erforderlich, daß der Vergleichsvorschlag vom Gemeinschuldner ausgeht, aber vortragen in der Versammlung kann ihn auch der Verwalter und es wird dies in der Regel kürzer und zweckmäßiger sein. Der Richter hat dafür zu sorgen, daß der Vorschlag genau, vollständig [11]) und den gesetzlichen Bestimmungen gemäß sei, und wenn er glaubt, daß der Vorschlag nicht Alles enthält, was das Gesetz verlangt, so liegt es im nobile officium judicis durch rechtzeitiges und sachverständiges Eingreifen, die Beseitigung dieser Mängel zu veranlassen. Es steht Nichts im Wege, eine Vertagung der Abstimmung zu veranlassen, wenn zu hoffen ist, daß inzwischen der Vorschlag annehmbarer gestaltet werde; doch kann der Richter dies nicht eigenmächtig anordnen, sondern es muß die Mehrheit der Anwesenden einwilligen. Jedenfalls muß schließlich die Fragestellung so formulirt sein, daß eine Abstimmung mit einfachem „Ja" oder „Nein" möglich ist. Zu erwähnen ist noch, daß (wie die Motive hervorheben) der Richter sein Augenmerk besonders auch darauf zu richten habe, daß der Akkord alle Punkte regle, welche nöthig sind, um nach einer Annahme und Bestätigung des Vergleiches das Konkursverfahren definitiv schließen zu können.

Enthält der Vergleich verschiedene Stipulationen, welche einen selbstständigen Inhalt haben, so kann über dieselben einzeln abgestimmt wer-

---

10) Dieses Gutachten wird sich naturgemäß auch über die Ergebnisse verbreiten, welche von einer Fortsetzung des Konkurses im Allgemeinen zu erwarten sind. In der Pr. KO. §. 184 oblag diese Darlegung dem Richter.

11) Kann der Vorschlag noch im Termine geändert werden? Im Hinblicke auf das in §. 165 den Gläubigern eingeräumte Recht vorheriger Einsichtnahme und auf die in §. 166 enthaltene Pflicht öffentlicher oder gar besonderer Ladung unter Mittheilung des Vorschlages, dann auch wohl in Anbetracht der Vorschrift des §. 90 glaube ich, daß eine solche Aenderung unzulässig ist; Zustimmung aller Gläubiger natürlich ermöglicht eine solche, aber nicht die der Erschienenen allein, diese würde die Nichterschienenen keinenfalls binden können. Deshalb kann im Termine selbst die Vergleichsabänderung, soferne sie zu Ungunsten der Gläubiger wäre, auch mit Zustimmung aller Anwesenden nicht zur Entscheidung gebracht werden. Vergl. Fitting S. 358 Note 10.

den [12]). Da aber eine theilweise Annahme und theilweise Ablehnung den Gemeinschuldner oder die für ihn etwa intervenirenden Dritten ohne deren Zustimmung selbstverständlich nicht binden kann [13]), so ist dann noch jedenfalls eine Schlußabstimmung über den Vergleich, wie er sich aus den getrennten Abstimmungen und den Erklärungen des Gemeinschuldners (beziehungsweise des Dritten) hierüber ergeben hat, vorzunehmen [14]).

Der wesentliche Hergang der Verhandlungen, die Entscheidungen des Gerichtes, falls solche (z. B. in Bezug auf Stimmrecht ꝛc.) vorkommen, jede etwaige Aenderung im Vergleichsvorschlage, die Abstimmung der Gläubiger (und zwar so, daß ersichtlich ist, welche stimmberechtigte Gläubiger überhaupt und zur Zeit der Abstimmung im Termine persönlich oder durch Bevollmächtigte anwesend waren und welche einzelne Gläubiger für die Vorschläge gestimmt haben) [15]) und die Verkündigung des Resultates

---

12) Weil dieses nur provisorische Abstimmungen sind, so entscheidet die absolute Stimmenmehrheit. Fitting §. 47 Note 19.

13) Gesetzt, der Vorschlag geht dahin, daß der Gemeinschuldner 50 % binnen Jahresfrist zahlen will, daß sein Bruder (ein in Bordeaux etablirter Weinhändler) hiefür als Bürge eintritt, daß dagegen die Gläubiger bei Zahlung der Prozente, die in Napoleons erfolgen wird, diese zum Course von 17 annehmen müssen, so können natürlich die Gläubiger nicht ohne Einwilligung des Gemeinschuldners die beiden ersten Propositionen annehmen, aber den Cours auf 16 1/2 acceptiren. Ebenso wird es z. B. nicht zulässig sein, daß die Gläubiger die Proposition von Ratenzahlungen annehmen, aber eigenmächtig die Bedingung beifügen, daß im Falle Nichteinhaltens mit den zugesicherten Raten der ganze Vergleich hinfällig sein solle; hierein muß der Schuldner einwilligen, sonst gilt der Vergleich als abgelehnt.

14) Die Motive sagen: „Wird der Vergleichsvorschlag in einzelnen Theilen angenommen, in anderen abgelehnt, so gilt der Vergleich nur dann als geschlossen, wenn der Gemeinschuldner und die etwa für ihn eingetretenen Dritten in den Wegfall der abgelehnten Stipulationen ausdrücklich willigen." Hiegegen bemerkt Fitting §. 47 Note 21: „dies scheine ihm weder zweckmäßig, noch mit dem System des Gesetzes, wonach der Vorschlag zu einem Zwangsvergleiche immer nur vom Gemeinschuldner und nicht von den Gläubigern ausgehen könne, vereinbar zu sein." Er nimmt daher an, die Ablehnungen könnten dem Gemeinschuldner Anlaß zu Abänderung seines Vorschlages geben, jedenfalls müsse aber schlüßlich über den Vorschlag in der Gestalt abgestimmt werden, den ihm der Gemeinschuldner gibt. Dies ist nach meiner Ansicht richtig.

15) Preußische Instruktion zur KO

müssen in ein Protokoll aufgenommen werden [16]). Für die Form dieses Protokolles sind die gewöhnlichen Vorschriften maßgebend [17]), und nachdem in §. 149 der Civ.-Pr.-O. für ein Protokoll nur die Unterschrift des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers gefordert wird, so bedarf es weder der Unterzeichnung Seitens des Gemeinschuldners noch Seitens der Gläubiger. Doch ist (nach §. 148 der Civ.-Pr.-O.) das Protokoll am Schlusse des Termins vorzulesen und in demselben zu constatiren, ob die Betheiligten seinen Inhalt genehmigen, eventuell welche Einwände sie dagegen erheben.

b. (soll nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden).

I. Die Anberaumung erfolgt von Amtswegen; die Bestimmung im I. E. §. 172, daß der Verwalter die Ansetzung des Termines zu verlangen habe, ist im Gesetze nicht adoptirt.

II. Von wann an berechnet sich der Termin? Nachdem ein besonderer Anfangstermin nicht festgesetzt ist, von welchem aus der Monat, der die äußerste Grenze bildet, zu bestimmen sei, muß das Datum des Beschlusses, gleichwie schon früher ähnlich angenommen [18]), als maßgebend erachtet werden.

III. Nachdem das Gesetz sagt: „nicht über einen Monat hinaus" muß auch ein kürzerer Termin festgesetzt werden können. Allein in der Regel wird dies nicht praktisch sein. Jedenfalls muß der Zwischenraum zwischen der Bekanntmachung und dem Termine (mit Berücksichtigung der nach §. 68 frei zu lassenden zwei Tage) groß genug sein, damit auch entfernter wohnende Gläubiger ihr Interesse vertreten können.

c. (öffentlich bekannt zu machen).

Diese Bekanntmachung erfolgt nach Maßgabe des §. 68. Vgl. die Erläuterungen hiezu oben Abth. II S. 34 ff. [19]).

---

16) Diesem Protokolle können natürlich Modifikationen des Vergleiches, Abstimmungslisten u. dgl. in der Form von Anlagen einverleibt werden.

17) Vgl. oben Abth II S 119.

18) Vgl. Abth. II S. 352. Bei dem Termine des §. 150 allerdings ist es anders, vgl. S. 476 Note 21.

19) Das bei Striethorst (Bd. 28 S. 333) abgedruckte Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 24. Juni 1858, wonach der Vergleichstermin auch an der Gerichtstafel angeschlagen werden müßte, paßt zwar zur Pr. KO., aber nicht mehr zum gegenwärtigen Gesetze und ist daher in der Zimmermann'schen Ausgabe (S. 50) mit Unrecht citirt.

d. (unter Mittheilung des Vergleichsvorschlages).

Die Anfertigung der nöthigen Abschriften des Vorschlages kann nicht dem Gerichte zugemuthet werden; vielmehr ist es Sache des Gemeinschuldners, soviel Exemplare mit vorzulegen, als nichtbevorrechtigte Gläubiger vorhanden sind.

e. (des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses).

Nicht die vollständige Erklärung des Gläubigerausschusses, sondern nur deren „Ergebniß" ist mitzutheilen. Das Ergebniß ist aber lediglich der Ausspruch über Annehmbarkeit oder Nichtannehmbarkeit; sonach genügt es, wenn bei der Ladung am Schlusse etwa gesagt wird: „Hievon wird Hr. Adam mit dem Beifügen verständigt, daß der Gläubigerausschuß unter dem xten den Vorschlag für annehmbar (oder: „für nicht annehmbar" oder auch: „nur unter dem von ihm angegebenen Modifikationen für annehmbar") erklärt hat."

„Daß außerdem — sagen die Motive (zum II. E. S. 413) — Inventar und Bilanz auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offen liegen, braucht in der Ladung nicht ausdrücklich bemerkt zu werden [20]). Auch ist es nicht nothwendig, einen Status vorher anzufertigen, obwohl auch dies mitunter dem Vergleichsabschlusse förderlich sein kann und dann von Gemeinschuldner und Verwalter nicht unterlassen wird.

f. (die nicht bevorrechtigten Gläubiger).

Denn die bevorrechtigten werden nach §. 160 (vgl. oben Abth. II S. 536) von dem Zwangsvergleiche nicht betroffen. Gemeinschuldner und Verwalter sind nicht besonders zu laden.

g. (welche Forderungen angemeldet haben).

Diese Bestimmung ist in Beziehung zu setzen mit §. 178; obwohl in diesem Paragraphen ausgesprochen ist, daß der Zwangsvergleich auch gegen solche Konkursgläubiger wirkt, welche am Verfahren keinen Theil genommen haben, bedarf es doch keiner besonderen Ladung derselben. Sie können sich also in Folge der speziellen Vorschrift des §. 166 auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des mangelnden Gehörs nicht berufen.

h. (besonders zu laden).

Nach §. 69 der KO. durch Zustellung entweder mittelst Gerichtsvollziehers, Boten oder durch die Post. (Vgl. oben Abth. II S. 41 ff.) Kann auch der Gemeinschuldner selbst die Ladung übernehmen? Ich glaube wohl

---

20) Wie solches z. B. die Pr. KO. §. 183 vorschrieb.

faktisch, aber nicht rechtlich; wenn der Gläubiger dann nicht erscheint, kann er nicht präkludirt werden.

i. (auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren).

Diese Bestimmung ist dem Wortlaute nach jedenfalls so auszulegen, daß der übereinstimmende Antrag des Schuldners sowohl als des Ausschusses zur Verbindung beider Termine nöthig erscheint. Ich glaube übrigens, es liegt hier ein Druckfehler vor [21]) und es sollte heißen anstatt: „Gemeinschuldner" — der Verwalter. Folgende äußere und innere Gründe bestimmen mich zu der Annahme.

A. Innere Gründe.

1) Der Gemeinschuldner hat nicht wohl ein Interesse daran, daß zwischen seinem Vorschlage und dem Termine behufs seiner Berathung ein längerer Zwischenraum liege; er braucht sich nicht zu informiren, ihm muß es immer erwünscht sein, recht schnell zum Ziele zu kommen, und er wird also nie gegen eine sofortige Ansetzung des Termines sich aussprechen [22]). Wozu also ihm ein Widerspruchsrecht ausdrücklich verleihen?

---

21) Im I. E. fehlte der Paragraph; im II. E. steht ebenso wie im Gesetze „Gemeinschuldner" und dies war eben, wie mir scheint, der Druckfehler, der dann, weil eine Discussion nicht stattfand, in das Gesetz überging. Es wird mir von unterrichteter Seite mitgetheilt, daß sowohl der lithographirte wie der (als Manuscript) gedruckte revidirte Entwurf der Gemeinschuldordnung nach den Beschlüssen ihrer ersten Lesung in der (auf Seite 17 erwähnten) Kommission die Fassung enthält: „Auf übereinstimmenden Antrag des Gemeinschuldners, des Verwalters und des Gläubigerausschusses". In einer späteren Lesung wurde eine Redaktionsänderung beschlossen und in dem Protokolle der betreffenden Sitzung scheint sich nun der Irrthum (als sei das Wort: „Verwalter" und nicht das Wort: „Gemeinschuldner" zu streichen) eingeschlichen zu haben, der dann in den II. E. überging, während der Verfasser der Motive die richtige Fassung vor sich hatte. Allerdings ist nun aber der Text, wie er publizirt wurde, Gesetz.

22) Man könnte etwa an Fälle denken, in denen der Gemeinschuldner es rathsam erachte, einige Zeit vergehen zu lassen, damit der Zorn seiner Gläubiger verrauche, damit der ihm unter die Arme greifende Dritte Mittel parat machen könne u. dgl. Allein dann hat es ja der Gemeinschuldner in der Hand, den Vergleichsvorschlag selbst so lange zurückzuhalten, bis er ihn an der Zeit findet. Petersen und Sarwey nehmen, wie mir scheint, auch einen Druckfehler an, andere Autoren, z. B. Stieglitz und v. Wilmowski, stimmen indessen, wie ich zu meinem Bedauern bemerken muß, mir nicht

2) Umgekehrt läßt sich kaum denken, daß man den Verwalter, die Hauptperson im Konkurse, denjenigen, welcher das Interesse aller, besonders der im Gläubigerausschusse nicht vertretenen Gläubiger zu wahren hat, denjenigen, welcher im Termine zuvörderst und zumeist über den Vergleichsvorschlag zu referiren hat, von der Einwirkung auf Festsetzung eines abgekürzten Termines ausschließen wollte [23]).

B. Aeußere Gründe.

3) Nirgends in der Konkursordnung kommt die Verbindung vor: „der Gemeinschuldner und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, der letztere"; wohl aber wiederholt: „der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist [24]), der letztere", z. B. in §§. 118, 138, 147, 163.

4) Die Motive (zum II. E. S. 412) begründen die fragliche Bestimmung des Gesetzes wie folgt: „Um der Sache schleunigen Fortgang zu geben, beschränkt der Entwurf die Ladungsfrist auf einen Monat, und gestattet dem Gericht auf übereinstimmenden Antrag des Verwalters und des Gläubigerausschusses, oder wenn ein solcher nicht bestellt ist, auf den Antrag des Verwalters den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine zu verbinden." Hier ist also ganz klar, daß der Entwurf den Gemeinschuldner gar nicht erwähnen wollte, dagegen aber dem Verwalter einen entscheidenden Einfluß zugedacht hatte.

k. (kann das Gericht).

Das Gericht ist an den Antrag der Betheiligten nicht gebunden; „es wird — sagen die Motive — von dieser Befugniß mit Rücksicht auf eine möglichst vollzählige Betheiligung der Gläubiger nur ausnahmsweise Gebrauch machen". Wie steht es mit dem Beschwerderecht? Gegen eine Abweisung des übereinstimmenden Antrages der Betheiligten ist eine Beschwerde thatsächlich wohl dadurch ausgeschlossen, daß die Frist verstreichen würde, bevor sie entschieden ist. Gegen eine Genehmigung könnten die

---

bei; sie meinen, der Fehler liege in den Motiven und stützen sich darauf, daß im Vergleichsverfahren nicht der Verwalter, sondern der Gemeinschuldner der betreibende Theil sei. Wie kommt aber dann der Gläubigerausschuß hieher?

23) Wäre die Fassung richtig, so würde, im Falle ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, das Interesse der Gläubiger gar nicht gewahrt; es wäre also ganz gegen das Prinzip des Gesetzes der Gläubigerausschuß in einer Sache zuständig, in welcher der Verwalter völlig übergangen wird.

24) Allenfalls auch: der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, die Gläubigerversammlung, z. B. §. 122, 123.

Antragsteller natürlich sich nicht beschweren, weil ja das Gericht nur thut, was sie wollen; die übrigen Gläubiger und der Gemeinschuldner [25]) aber haben nach meiner Ansicht kein Beschwerderecht, weil eben das Gesetz dem Gerichte ein discretionäres Verfügungsrecht übertragen wollte. [26])

1. (den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermin verbinden).

I. Der allgemeine Prüfungstermin wird nach §. 102 der KO. sofort bei Eröffnung des Konkurses angesetzt und beträgt die Frist bis zu demselben mindestens einen Monat. Wenn demnach der Gemeinschuldner auch schon sofort mit seiner Insolvenzerklärung einen Akkordvorschlag einreicht, so wird doch, nachdem hierüber jedenfalls vorerst noch der Verwalter und der Gläubigerausschuß gehört werden müssen, nicht wohl der Richter in dem Eröffnungsbeschlusse [27]) zugleich auch die Verbindung des Vergleichstermines mit dem allgemeinen Prüfungstermine aussprechen können. Dies muß naturgemäß in einer späteren Verfügung geschehen. Hieraus ergibt sich, daß die obige Bestimmung eine Ausnahme nicht nur von der Vorschrift des §. 160 (daß der Zwangsvergleich erst nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines geschlossen werden könne) [28]), sondern insbesondere davon ist, daß nach §. 166 der Vergleichstermin einen Monat hinausgesetzt werden soll.

II. Die Bestimmung in §. 167 gilt nur für eine Verbindung des Vergleichstermines mit dem allgemeinen Prüfungstermine. Eine Verbindung des ersteren mit einem nach §. 130 angesetzten besonderen Prüfungstermine kann jederzeit vom Richter auch ohne Antrag des Gemeinschuldners beziehgsw. des Verwalters und des Ausschusses erfolgen.

---

25) Wenn man meinen Druckfehler als vorhanden annimmt.

26) Ebenso Fitting S. 357 Note 4. A. M. Stieglitz S. 629, welcher gegen die Zurückweisung die sofortige Beschwerde gegeben erachtet.

27) Vgl. oben Abth. II S. 222 und 223.

28) Man könnte sogar hievon deshalb eine Ausnahme als gar nicht gegeben erachten, weil jedenfalls in dem verbundenen Termine immer zuerst die Prüfung der Forderungen schon wegen des Stimmrechtes und dann erst (also materiell nach abgehaltenem Prüfungstermine) die Berathung des Vergleichsvorschlages zu erfolgen hat.

§. 168.

Gleichmäßige Berücksichtigung aller Gläubiger. Nebenabkommen.

Der Vergleich muß allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern [a]) gleiche Rechte gewähren [b]). Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger [c]) zulässig [d]). Jedes andere Abkommen [e]) des Gemeinschuldners oder anderer Personen [f]) mit einzelnen Gläubigern [g]), durch welches diese bevorzugt werden sollen [h]), ist nichtig [i]).

I. E. §. 175; II. E. §. 168; Pr. H. G. Art 849 Ziff 3; Pr. KO. §. 186 Ziff. 3; B. Pr. O. --

a. (allen nicht bevorrechtigten Gläubigern).

Wie bereits wiederholt bemerkt und wie aus §. 178 hervorgeht, wirkt der Zwangsvergleich auch auf solche Konkursgläubiger, welche am Verfahren keinen Theil genommen haben. Hieraus folgt, daß die im Vergleichsvorschlage den bekannten Theilnehmern am Verfahren gemachten und von der Gläubigerversammlung angenommenen Propositionen von selbst und kraft des Gesetzes auch für diejenigen Gläubiger gelten, welche vom Verfahren sich ferne gehalten haben oder überhaupt zur Zeit des Vorschlages und seiner Annahme noch unbekannt waren. Diese schwerwiegende Bestimmung scheint theoretisch fast unausführbar; denn man möchte annehmen, es werde fast jeder Vergleich in der Luft stehen, wenn hintennach plötzlich große Forderungen auftreten, für deren Deckung die vom Gemeinschuldner oder den ihn unterstützenden Dritten flüssig gemachten Mittel gar nicht berechnet waren [1]). Allein praktisch wird die Sache nicht so schlimm werden; denn wer sich von vorneherein im Konkurse nicht meldet, wird auch einen mittelst Zwangsvergleich restaurirten Schuldner nicht wohl behelligen.

Die Zurückziehung der Anmeldung schließt den Gläubiger weder von der Theilnahme an den vom Gemeinschuldner den übrigen Gläubigern

---

1) Setzen wir z. B den Fall, die im Konkurse angemeldeten nicht bevorrechtigten Forderungen betragen 50,000 Mark. Der Schwiegervater des Gemeinschuldners macht, um seinen Tochtermann bei häuslichen Ehren zu erhalten, auf seinem einzigen Besitzthume, dem auf 80,000 Mark geschätzten Hause, eine zweite Hypothek von 25,000 Mark und mit dieser Summe bietet der Kridar 50%, die auch acceptirt werden. Jetzt meldet sich plötzlich ein Gläubiger mit einer Forderung von 20,000 Mark und verlangt die ihm zukommenden Prozente. Damit fiele der ganze Vergleich zusammen, denn 10,000 Mark mir Nichts dir Nichts aufzutreiben ist keine Kleinigkeit.

proponirten Leistungen, noch von der Pflicht, sich dem Vergleiche zu unterwerfen, aus. Nur ein förmlicher Verzicht auf den Anspruch überhaupt beseitigt diesen [2]).

b. (gleiche Rechte gewähren).

Die Motive sagen zu §. 161 [3]): „Das Erforderniß, welches unwandelbar für den Inhalt eines jeden Zwangsvergleiches aufgestellt werden muß, ist unbedingte Gleichheit für alle von ihm betroffenen Gläubiger. Der Akkord darf der Majorität nicht andere Rechte gewähren als der Minorität, den stimmenden Gläubigern nicht andere als den ausbleibenden, den bekannten nicht andere als den unbekannten [4]) — nicht höhere Prozentsätze, nicht bessere Bedingungen [5]), nicht größere Sicherheit" [6]).

Bei der strengen Absicht des Gesetzes ist es also ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner sich auf die materielle Gleichheit der Behandlung berufen dürfte, wenn die formelle Gleichheit fehlt. Er kann also z. B. nicht einen Vorschlag, wonach etwa die Gläubiger A, B, C und D 50% sogleich, die übrigen aber 75% in drei Jahren erhalten sollen, mit der Behauptung durchsetzen wollen, daß ja materiell die frühere Zahlung die geringeren Prozente ausgleiche [7]). Die Praxis muß hier stets daran denken, daß es sich um einen Zwang gegen Berechtigte behufs Aufgabe ihrer Rechte handelt, und daß man hier nicht vorsichtig genug sein kann [8]).

---

2) Wie v. Wilmowski a. a. O. S. (300) 465 mit Recht gegen die in meiner 1. Auflage vertretene Ansicht bemerkt. Auch wenn Jemand seine Forderung auf den Fall besserer Vermögensverhältnisse sich vorbehalten und nur auf Befriedigung im Konkursverfahren verzichten wollte, so hätte er zwar am Zwangsvergleiche keine Theilnahme zu beanspruchen, aber an den Inhalt desselben bleibt er doch gebunden.

3) Ich wüßte wirklich keine bessere und prägnantere Erklärung zu geben, als sie der Verfasser der Motive uns darlegt.

4) Auch solche Gläubiger, deren Antheile noch einer Zurückbehaltung unterliegen, dürfen nicht ungünstiger als die anderen gestellt werden. v. Sarwey S. 783.

5) Insbesondere also auch nicht nähere Zahlungstermine.

6) Auch nicht „andere" Sicherheit. „Unstatthaft ist es, daß für einen Theil der Forderungen eine andere Person Bürgschaft leistet, als für die übrigen". (Erk. des Berliner Obertribunals v. 21. Februar 1865 in Striethorst Bd. 57 S. 229. Erk. des ROHG. vom 14. Nov. 1871 Entsch. Bd. IV S. 21).

7) Ich bemerke, daß solche Differenzen nur den Zwangsvergleich ausschließen; für solche Fälle ist eben die in lit. c erläuterte Zustimmung der betreffenden Gläubiger zu erholen.

8) Der in fr. 116 D. de R. J. enthaltene Gedanke (nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus) trifft auch hier zu.

Was insbesondere die Sicherheitsleistung durch Pfand oder Hypothek betrifft, so sagen die Motive (S. 407): „Der Grundsatz der Gleichberechtigung verbietet es, die Sicherheit auf die bekannten oder die bis zum Akkordschluß festgestellten Forderungen zu beschränken. Dadurch entsteht allerdings der Nachtheil, daß die einzelnen Personen und die Summen, für welche die Sicherheit haften soll, nicht im Voraus zu bestimmen sind, und es entsteht die Frage, von wem und in welcher Weise das Pfandstück verwahrt und verwerthet, wie der Erlös vertheilt oder unter welchen Umständen das Pfand dem Schuldner zurückgegeben werden soll, in welcher Art und für wen die Eintragung der auf einem Grundstück bestellten Hypothek zu erwirken, von wem diese einzuziehen, in einer Subhastation zu vertreten oder die Löschung derselben zu bewilligen ist, ob und welche Kaution, insbesondere ob ein Aufgebot der Vertheilung oder Erlöses oder der Löschungsbewilligung vorausgehen soll u. s. w.? — Eine erschöpfende und zutreffende Regelung kann bei dem verschiedenen Stande der Grundbuchs- und Subhastationsgesetzgebung nicht gegeben werden. Die Regelung ist auch nicht Sache des Gesetzes, sondern gehört in den Inhalt der vertragsmäßigen Festsetzungen und sollte in einzelnen Gebieten das Pfand-Grundbuchs- oder Subhastationsrecht so beschaffen sein, daß vertragsmäßige Festsetzungen wirksam nicht getroffen werden könnten, so müßte es der Landesgesetzgebung überlassen bleiben, Abhülfe zu schaffen".

Dies letztere ist aber nicht wohl möglich, man kann der Landesgesetzgebung nicht wohl zumuthen, die Hypothekbestellung auf unbestimmte Summen, gleichsam Generalhypotheken wieder einzuführen.

Was nun die Faustpfänder betrifft, so kann der Verwalter oder ein Bevollmächtigter aufgestellt werden, welcher das Pfand in Verwahr nimmt und zeigt sich nachträglich ein unbekannter Gläubiger, so tritt eben dieser ex post mit in das Pfandrecht ein. Hiebei wäre dann vertragsmäßig festzusetzen, daß das Faustpfand binnen einer gewissen Zeit erlösche oder zu verwerthen und der Erlös unter diejenigen zu vertheilen sei, die sich bis dahin gemeldet haben [9]). Bei der Hypothekbestellung geht aber dieses nicht, da es an einer bestimmten Summe des Eintrags fehlen würde. Allein meines Erachtens kann sich die Praxis über diese theoretische Feinheit hinwegsetzen; die „unbekannten Gläubiger kommen nicht in Betracht und es wird vollkommen genügen, wenn die Hypothek für diejenige Summe bestellt wird, auf welche der Akkord lautet". Vgl. auch oben S. 464.

---

9) Stieglitz S. 630.

c. (mit ausdrücklicher Bewilligung der zurückgesetzten Gläubiger).

Die ungleiche Bestimmung der Rechte einzelner Gläubiger ist nicht aus Gründen der öffentlichen Moral verboten; vielmehr muß es dem Betheiligten, der ja auf seine Forderung überhaupt verzichten könnte, immerhin frei stehen, sich mit weniger zu begnügen, als seine Mitgläubiger erhalten. Allein die Einwilligung hiezu muß ausdrücklich ertheilt sein und dem Gerichte nachgewiesen werden. Eine bloße Zustimmung zum Vergleiche im Ganzen, oder gar das Nichterscheinen im Termine oder das Unterlassen einer speziellen Protestation und dergleichen werden nicht als genügend erachtet. Es ist demnach, wenn die Erklärungen in der Gläubigerversammlung selbst abgegeben werden, zu Protokoll zu constatiren: entweder „der Gläubiger A erklärt sich einverstanden, daß ihm anstatt wie den übrigen Gläubigern im Laufe der nächsten 3 Monate 50% nur 40% und zwar in 6 Monaten ausbezahlt werden" oder „die Gläubiger B, C, D und E bewilligen ausdrücklich die Auszahlung von 10% Mehr [10]) an die Gläubigerin F mit Rücksicht auf deren bedrängte Lage als Wittwe" [11]). Uebrigens soll — nach den Motiven — nicht verlangt werden, daß die vorgeschriebene Einwilligung gerade in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung ausgesprochen werde, die Zurückgesetzten mögen ihre Zustimmung auch in einer besonders vorzulegenden Erklärung gültig abgeben, ebenso wie ein über die vorzugsweise Befriedigung des einen oder anderen Gläubigers getroffenes Nebenabkommen mit der ausdrücklichen Genehmigung der übrigen Mitgläubiger (oder einzelner derselben) versehen im Termine vorgelegt werden kann [12]); — solche Nebenabkommen bilden einen Theil des gerichtlichen Vergleichs.

Es müssen sich alle zurückgesetzten Gläubiger, nicht blos die im Ter-

---

10) Mot. S. 407. Indem ich zustimme, daß ein Anderer bevorzugt wird, erkläre ich logisch meine Zustimmung dazu, daß ich zurückgesetzt werde. Es versteht sich, daß, um die Zustimmung in dieser Form zu erklären, alle nicht bevorzugten Gläubiger ihre Einwilligung geben müssen, was sich (wie v. Wilmowski mit Recht bemerkt) schwer machen wird, da ja der Zwangsvergleich auch die unbekannten und im Termine nicht erschienenen Gläubiger bindet.

11) Das Motiv setze ich nur zur Erklärung bei; dieses zu constatiren ist nicht absolut geboten.

12) In wieweit für öffentliche Beurkundung, Notariatsakt u. s. w. nöthig, richtet sich nach dem Landesrechte. Sind die Betheiligten indessen im Termine anwesend, so muß die im Protokolle constatirte Bezugnahme auf eine beigelegte Privaturkunde jedenfalls genügen.

mine anwesenden einverstanden erklären. Daraus ergibt sich, daß — nachdem der Zwangsvergleich auch auf die unbekannt gebliebenen, bez. nicht angemeldeten Gläubiger Wirksamkeit hat, — stets die zurückgesetzten, nicht blos die bevorzugten bezeichnet sein müssen und das den bevorzugten Gewährte auch allen übrigen außer den speziell bezeichneten zurückgesetzten zugesichert sein muß [13]). Es braucht dies übrigens gar nicht besonders konstatirt zu werden, sondern versteht sich von selbst.

d. (zulässig).

Die Folge einer Ungleichheit in der Stellung der Gläubiger bewirkt, daß ohngeachtet der Annahme des Vorschlages durch die Mehrheit der Vergleich von Seite des Gerichtes nach §§. 172 und 173 zu verwerfen ist.

e. (jedes andere Abkommen).

Also auch solche Abkommen, welche erst nach Abschluß oder Bestätigung des Vergleiches, aber mit Rücksicht auf denselben geschlossen werden [14]). Dies wird wohl die häufigste Form sein, in der man die gesetzliche Vorschrift zu umgehen trachten wird, weshalb hierauf die Praxis ein sorgsames Auge zu richten hat [15]).

f. (des Gemeinschuldners oder anderer Personen).

Diese Bestimmung würde sich als große Härte darstellen, wenn man nicht die Beziehung zum Zwangsvergleiche im Auge behielte. Das ist nemlich durchaus nicht ausgeschlossen, daß dritte Personen [16]) besonders hartnäckige Gläubiger durch größere Leistungen abfinden, um zu einem Vergleiche zu gelangen. Allein sie müssen dann zur Einstellung des Verfahrens nach §. 188 zu gelangen suchen, nicht aber dürfen sie einen Zwangsbeitritt der weniger gut bedachten Gläubiger herbeiführen.

g. (mit einzelnen Gläubigern).

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß das Gesetz mit Vorbedacht nicht

---

13) Vgl. v. Wilmowski S. 466 Nr. 3.

14) Wobei freilich mündliche Zusicherung vorausgegangen sein wird. Am Handelsappellationsgericht zu Nürnberg haben wir einen Wechsel von nicht weniger als 80,000 fl. für ungültg erklärt, den ein Kridar am Abende der Beendigung seines Konkurses durch Akkord einem Gläubiger ausgestellt hatte, der nur unter dieser mündlich verabredeten Bedingung dem Arrangement beigetreten war. Anderer Ansicht ist v. Wilmowski S. 466, während Mandry S. 305 und Stieglitz S. 632 zwar dem ersten Satze beitreten, aber wenigstens nach Erfüllung des Vergleiches getroffene Abkommen als gültig erklären. Petersen S. 464 stimmt mir zu.

15) Früher waren solche Verträge nicht unzulässig. Vgl. das Erk. des R.G. v. 30. Juni 1880 in Blum's Annalen Bd. II S. 272.

16) Der Gemeinschuldner kann und darf dies allerdings nicht so leicht, um nicht dem §. 211 zu verfallen.

gesagt hat „mit einem einzelnen Gläubiger." Wenn 100 Gläubiger vorhanden sind, und es wird mit 99 derselben ein im §. 168 verbotenes Abkommen geschlossen, so sind dieselben dem einen übrig gebliebenen gegenüber[17]) immer nur „einzelne Gläubiger".

Es ist völlig irrelevant, ob der bevorzugte Gläubiger an der Abstimmung in dem Vergleichstermine theilnimmt, ferner ob seine Zustimmung für das Zustandekommen entscheidend gewesen ist, endlich ob eine Anfechtung noch vor der Bestätigung möglich war oder nicht[18]).

b. (durch welche diese bevorzugt werden sollen).

Um zu einer richtigen und nicht zu weit gehenden Auslegung des §. 168 zu gelangen, muß man meines Dafürhaltens denselben mit §. 213 der KO. in Verbindung bringen. Nicht jedes Abkommen mit einem Konkursgläubiger, durch welches dieser den übrigen Gläubigern gegenüber bevorzugt werden soll, ist nichtig, sondern nur ein solches, wobei derselbe Konkursgläubiger bleibt, und scheinbar mit den übrigen gleich behandelt wird[19]). Das heißt, eine Abfindung einzelner Gläubiger durch dritte Personen[20]) ist weder in der Form ausgeschlossen, daß ein Gläubiger gegen Gewährung einer bestimmten Leistung auf seine Forderung verzichtet, noch auch so, daß Jemand seine Forderung ablöst und sich selbst am Konkurse betheiligt. Der Grund des in §. 168 enthaltenen Verbotes kann offenbar nur der sein, daß nicht diejenigen Gläubiger, welche nicht zustimmen, durch andere materiell gleichfalls nicht zustimmende Gläubiger, die aber formell in Folge ihnen gemachter Nebenversprechungen scheinbar zustimmen, majorisirt werden sollen. Wenn aber dies nicht der Fall ist, wenn die Stimmenden für sich vollständig bona fide handeln, wäre es doch ein ganz ungerechtfertigter Eingriff in das Verfügungsrecht des Dritten, wenn ihm nicht gestattet würde, zu Gunsten des Gemeinschuldners Etwas aufzugeben. Ich bin also der Ansicht, daß in §. 168 nur solche Abkommen als nichtig erklärt sind, durch welche den in der Abstimmung über den Zwangsvergleich betheiligten oder sonst durch den Zwangsvergleich mitbetroffenen Gläubigern irgend ein Vorzug zugewendet wird, der den

---

17) Wenn er z. B. allein mehr als ein Viertheil zu fordern hat.

18) Stieglitz S. 632 bemerkt, die Nichtigkeit trete ein, auch wenn der bevorzugte Gläubiger gegen den Vergleich gestimmt habe. Dies muß de theoria zugegeben werden, praktisch wird der Fall nicht wohl vorkommen.

19) Die Motive (zum II. E. S. 407) bezeichnen daher richtig die verpönten Abkommen als „Nebenversprechen".

20) Der Gemeinschuldner selbst hat dazu, wenn er Nichts verheimlicht hat und dadurch criminell wird, ohnehin keine Mittel.

anderen Gläubigern unbekannt bleibt und ihre Genehmigung nicht erhält. Dagegen erachte ich Abkommen, durch welche Gläubiger aus dem Zwangsvergleiche völlig ausgeschieden werden, für rechtlich nicht zu beanstanden. Eine andere Frage aber ist es natürlich, wie weit solches Vorgehen als eine „unlautere" Manipulation erscheinen und zur Verwerfung des Vergleiches führen kann, worüber die Erläuterungen zu §. 173 zu vergleichen sind[21]).

i. (ist nichtig).

Das Gesetz sagt hier nicht (wie z. B. in §§. 6 und 22) „den Konkursgläubigern gegenüber nichtig", sondern verfügt die unbedingte Nichtigkeit auch zwischen den Kontrahenten, wie dies schon im Gemeinen Rechte und in den meisten Partikular-Gesetzgebungen ausgesprochen war[22]). Daß also eine Klage aus einem solchen Nebenabkommen für den abgefundenen Gläubiger nicht gegeben ist, erscheint unzweifelhaft; ebenso daß die Mitgläubiger und bez. der Verwalter dasjenige, was in Folge eines solchen Abkommens geschehen ist, anfechten und rückgängig machen können[23]). Kritischer erscheint die Frage, ob der Gemeinschuldner oder der dritte Gegenkontrahent die von ihm in Folge des Abkommens gemachte Leistung von dem bevorzugten Gläubiger zurückholen könne, quia in pari turpitudine versantur[24]). Ich glaube indessen kaum, daß in dem supponirten Falle von einer eigentlichen turpitudo gesprochen werden kann; denn der Empfänger erhält immer nur, was er eigentlich nach vollem Rechte bekommen sollte, und der Geber (soferne es nicht der Gemeinschuldner selbst ist, der ohnehin dispositionsunfähig erscheint) will im Grunde ein gutes Werk thun und den Gemeinschuldner retten. Indessen mag sich die Frage nicht wohl absolut entscheiden lassen, sondern nach den obwaltenden Umständen bald zu bejahen, bald zu verneinen sein.

Außerdem setzt ein Nebenabkommen der bezeichneten Art den ganzen Vergleich der Verwerfung aus und überdies unterliegen die Kontrahenten der Bestrafung. (Vgl. §. 173 Nr. 1, dann die §§. 211 und 213).

---

21) Dort wird auch die Praxis des Berliner Obertribunals Erwähnung finden. Stieglitz S. 632, v. Wilmowski S. 466.

22) Pfeifer, praktische Ausführung Bd. 3 S. 24. Schweppe §. 20 S. 42 §. 23 S. 46. Seuffert's Archiv Bd. 22 Nr. 282, Bd. 24 Nr 182 u. 183; ferner Bl. f. R.A. Bd. I S. 173. Bd. III S. 233 (nach den Citaten in den Motiven, Note 1 auf S 149 Bd. II des I. E. und S. 407 des II E.).

23) Dies ergibt sich aus § 182 der KO.

24) Fr. 3 de condict. ob turpem vel injust. causam D (12,5): „ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti dicimus".

§. 169.

Erfordernisse zur Annahme eines Vergleiches.

Zur Annahme des Vergleichs ist erforderlich [a]), daß

1) die Mehrzahl [b]) der in dem Termine anwesenden [c]) stimmberechtigten [d]) Gläubiger dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt [e]), und

2) die Gesammtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt [f]).

Wird nur eine der Mehrheiten erreicht [g]), so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termins [h]) die einmalige Wiederholung der Abstimmung [i]) in einem neuen Termine verlangen. Das Gericht hat denselben zu bestimmen [k]) und im Termine zu verkünden [l]).

I. E. §. 177; II. E. §. 169; Pr. H. E. Art. 849 und 850; Pr. KO. §§. 186 und 187; B. Pr. O. Art. 13, 16, Abs. 2.

a. (Zur Annahme des Vergleichs ist erforderlich).

Das heißt der Vorschlag des Gemeinschuldners gilt nur dann als von der Gläubigerversammlung angenommen, wenn die beiden Voraussetzungen des Paragraphen zusammentreffen. Ueber die Abhaltung des Termines siehe die Erläuterung zu §. 169.

b. (die Mehrzahl).

Die oben (Abth. II S. 121) gegebene Definition der Mehrheit ist für die hier bezeichnete Mehrzahl nicht maßgebend. Vielmehr werden zur Berechnung der Majorität nur die Köpfe gezählt und wer einen Pfennig an den Gemeinschuldner zu fordern hätte, würde eben so schwer wiegen, wie derjenige, dessen Anspruch eine Million Mark betrüge [1]).

c. (anwesenden).

I. Die Abwesenden werden nicht gezählt, aber auch nicht als der Mehrheit zustimmend angesehen, vgl. oben Abth. II S. 139. Als anwesend müssen natürlich auch die durch Stellvertreter erschienenen Gläubiger angesehen werden. In wieweit gesetzliche Vertreter für sich oder nur mit einer besonderen Genehmigung einer Oberbehörde [2]) einem Zwangsvergleiche beitreten können, ist eine nach Landesrecht zu entscheidende Frage. Bedürfen sie hienach einer besonderen Vollmacht zur Annahme,

1) Konstatirt bei der Berathung, vgl. K. Prt. S. 112.

2) Obervormundschaft, Kuratelgericht, fiskalische höhere Stelle 2c.

so können sie für eine solche auch nicht mitstimmen. Was aber die freiwillige Stellvertretung betrifft, so kommt die Bestimmung des §. 77 der Civ.-Pr.-O. in Betracht. Nachdem in diesem Paragraphen ausgesprochen ist, daß die Prozeßvollmacht auch zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich ermächtigt[3]), und sonach hiezu ein Spezialmandat nicht mehr erforderlich ist, das Konkursverfahren zwar kein eigentlicher Rechtsstreit ist, aber diesem immerhin analog erscheint und dasselbe jedenfalls durch den Zwangsvergleich „beseitigt" wird, überdies die Prozeßvollmacht sogar zur Verzichtleistung auf den Streitgegenstand ermächtigt, so habe ich im Hinblicke auf §. 65 der KO. keinen Zweifel, daß, wer vom Gläubiger im Allgemeinen zur Vertretung in dem bestimmten Konkurse aufgestellt ist, zur Theilnahme am Vergleichstermin, zur Abstimmung über den Vorschlag und zur Annahme desselben ermächtigt erscheint und sonach einer Spezialvollmacht nicht bedarf[4]).

II. Nach welcher „Anwesenheit" wird die Mehrheit berechnet? Dem Wortlaut des Gesetzes nach müßte die Präsenz als solche genügend erscheinen; wenn also bei Beginn der Berathung 80 Gläubiger sich betheiligen, so sind „im Termine eben 80 anwesend" gewesen und die Mehrzahl der im Termine Anwesenden wäre 41. Wenn nun aber 10 Gläubiger sich nach und nach entfernen und bei der Abstimmung sprechen sich 36 mit „Ja" aus; ist der Vergleich angenommen? Ich glaube, allerdings, und lese daher die Ziff. 1: „die Mehrzahl der bei der Abstimmung Anwesenden", wie dies schon zu §. 86 (Abth. II S. 123) erörtert wurde. Ueber Stimmenenthaltung s. dortselbst lit. e.

d. (stimmberechtigt).

I. Wer als stimmberechtigt zu erachten sei, ist nach den in §§ 87 und 88 gegebenen Direktiven zu bemessen. Die Stimmberechtigung muß zur Zeit der Abstimmung über den Vergleich bestehen.[5]) Wenn demnach

---

3) Ist indessen (vgl. Civ.-Pr.-O. §. 79) in der Vollmacht ein Vorbehalt für Vergleiche gemacht, so ist dieser auch für den Zwangsvergleich wirksam.

4) Ebenso Fitting §. 47 Note 1 a. E., Meisner S. 347, v. Sarwey S. 789).

5) Die Motive sagen hinsichtlich des Stimmrechtes in Bezug auf den Vergleich Folgendes: „Mit der Prüfung jeder streitig gebliebenen und nicht inzwischen nach §. 132 oder §. 135 festgestellten Forderung ist über deren Zulassung zum Abstimmen durch das Gericht bereits entschieden (§. 87 Abs. 1). Nach dem Prüfungstermin angemeldete Forderungen werden in der Regel noch vor dem Vergleichstermin zur Prüfung gebracht werden können (§. 130). Für die geringen Ausnahmen wird es dem Richter nicht schwer fallen, die Entscheidung in Gemäßheit des §. 87 Abs. 2 noch

die angemeldete Forderung inzwischen cedirt worden ist, so kann nicht der ursprüngliche Stand der Forderungsinhaber, sondern es muß das Resultat der Cession entscheiden. Hat z. B. A von seiner Forderung zu 1000 Mk. 500 Mk. an B, 300 an C und 200 an D abgetreten[6]), so zählen im Termine die Gläubiger natürlich als drei Köpfe. Hat umgekehrt Gläubiger E, welcher 1000 Mark angemeldet hatte, vom Gläubiger F eine Forderung zu 500 Mark cessionsweise erworben[7]), so ist er als ein Gläubiger ohngeachtet seiner beiden Forderungen zu rechnen[8]). Kritisch ist die Frage: wie verhält es sich, wenn eine Forderung ungetheilt auf mehrere Gläubiger übergegangen ist? Die Pr. KO. hatte in §. 186 Ziff. 1 bestimmt, daß, möge eine Forderung mehreren Personen getheilt oder ungetheilt zustehen, die mehreren Inhaber als eine Person zu rechnen seien und sich über die Ausübung ihres Stimmrechtes zu verständigen haben. — Das Gesetz hat diese Bestimmung beseitigt; es frägt sich also, was in solchem Falle Rechtens? Wenn die Forderung als Correal- oder Solidarforderung cedirt wurde, ist diese Entscheidung der Pr. KO. allerdings nicht wohl zu beanstanden. Die Motive zum II. E. nehmen aber dasselbe an, wenn die Forderung überhaupt eine Forderung geblieben ist, mag sie auch zu bestimmten Theilen an mehrere Personen übergegangen sein, und berufen sich auf fr. 9 pr. D. de pactis (2, 14). Allein diese Stelle betrifft nur das pactum in seiner Funktion als pactum de non petendo[9]) und den Fall, „si plures sint qui eandem actionem habent." Wenn aber mehrere Personen zu bestimmten Theilen eine Forderung erwerben, z. B. namentlich im Falle der Vererbung so schlägt meines Erachtens der Satz durch: Nomina ipso jure sunt divisa. Falls daher die ursprüngliche Forderung von 1000 Mark im Wege der Vererbung auf fünf Kinder des Gläubigers übergegangen ist, so wird man

vor der Verhandlung in dem Vergleichstermin zu treffen. — Anmeldungen im Vergleichstermine selbst brauchen nicht an- oder aufgenommen zu werden (§. 127). Es bleibt sonach möglich und empfehlungswerth, auf Grund der Tabelle eine Liste der stimmberechtigten Gläubiger und deren Forderungen vor dem Vergleichstermine vorzubereiten; sie kann freilich wegen der beregten Festsetzungen erst in dem Termine abgeschlossen werden.

6) Scheincessionen machen unter Umständen den Vergleich hinfällig nach §.173.

7) Ueber die Frage, wer als Forderungsinhaber im Falle einer Pfändung bez. eines Sicherheitsarrestes an einer Forderung zu erachten sei, vgl. das Erk. des ROHG. v. 14. Nov. 1871 (Entscheid. Bd. IV S. 27) und meinen Aufsatz in Busch's Zeitschrift für Civilprozeß Bd. VI S. 168.

8) Vgl. Fuchs S. 146., v. Wilmowski S. 462. Natürlich ebenso, wenn er von Anfang an mit mehreren Forderungen sich angemeldet hat.

9) Siehe meine Schrift: Ueber den Erlaß (München 1850), S. 21.

diesen nicht verwehren können, daß jeder Erbe für seinen Antheil selbst stimmt [10])

II. Daß die Stellvertreter nicht für sich, sondern daß ihre Mandatare gezählt werden, ist natürlich. Wer drei verschiedene stimmberechtigte Gläubiger vertritt, hat also drei Stimmen. Ist er selbst zugleich auch Gläubiger, so zählt er für sich selbst auch eine Stimme.

III. Absonderungsberechtigte sind stimmberechtigt nur nach der Größe ihres Ausfalles (vgl. oben S. 109). Ein Erkenntniß des ROHG. vom 8. Oktober 1878 [11]) sagt: absonderungsberechtigte Gläubiger sollen für die Forderungen, in Betreff deren sie das Absonderungsrecht haben und nicht aufgeben, an der Beschlußfassung über den Akkord nicht theilnehmen. Hieraus wird zu folgern sein, daß sie in Höhe des Betrages, für welchen sie in der Beschlußfassung Theil genommen, als auf das Absonderungsrecht verzichtend zu erachten sind [12]).

IV. Zu erwähnen ist, daß ein Gläubiger dadurch, daß er für die Erfüllung des Zwangsvergleiches den übrigen Gläubigern gegenüber als Bürge auftritt, hiedurch weder sein Stimmrecht verliert, noch auch seine Forderung bei Berechnung der Summenmajorität (vgl. unten lit. f) ausfällt [13])

e. (dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt).

Die Zustimmung muß eine ausdrückliche sein; Schweigen und Nichtprotestiren genügt also nicht. Für die Mehrzahl werden also nur jene

---

10) Mit mir stimmen überein Fitting §. 32, v. Sarwey S. 788, Stieglitz S. 636. A. M. ist v. Wilmowski S. 467, welcher Erben und Miteigenthümer einer Forderung immer als einen Gläubiger rechnet. Liegt der Fall vor, daß wirklich mehrere Inhaber einer Forderung nur eine Stimme haben, so entscheidet über ihre Stimme die Mehrheit. Ebenso Koch und Fuchs. Dagegen stellen Petersen S. 466, v. Sarwey S. 789 und v. Wilmowski S. 468 diesen Fall dem gleich, daß der einzelne Gläubiger zu keinem Entschlusse über Ja oder Nein kommt, und wollen solche sich nicht einigende Forderungsinhaber als nichtstimmend ansehen.

11) Entsch. Bd. XXIV S. 215.

12) Im französischen Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 ist dies im Art. 508 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen.

13) Erk. des Berliner Obertribunals v. 12. Februar 1859 (Entscheid. Bd. 40 S. 392.) Die Gründe sind, daß der Bürge durch seine Intercession seine eigenen Rechte in keiner Weise verändere, daß man auch nicht sagen könne, er schließe mit sich selbst einen Vergleich, und daß endlich nur eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes eine solche Ausschließung rechtfertigen könnte. Die Abstimmung ist, wie Schultze (S. 128) sich ausdrückt, überhaupt keine Disposition, sondern nur eine für den Richter informatorische.

Gläubiger gezählt, welche mit „Ja" gestimmt haben; während zur Berechnung, was die Mehrzahl sei, sämmtliche Anwesende gezählt werden. Wenn also von 50 beim Termine erschienenen Gläubigern 10 zwar bei der Abstimmung anwesend sind, aber sich der Abstimmung enthalten [14]), 16 mit „Nein" stimmen und 24 mit „Ja", so sind die letzteren nicht die Mehrzahl. Man könnte dies in analoger Anwendung des §. 298 der Civ.-Pr.-O. bestreiten, weil dieser eine Partei, die zwar im Termine erscheint, aber nicht verhandelt, als nicht erschienen ansehen läßt. Allein erstens paßt diese Bestimmung zwar sehr gut auf kontradiktorisches Verhandeln, nicht aber auf bloßes Abstimmen, dann aber enthält eben §. 169 die Worte „der Anwesenden" und „ausdrücklich zustimmen", so daß eine Analogie meines Erachtens nicht vorliegt. [15])

f. (wenigstens drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt).

V. Die Wichtigkeit eines Zwangsvergleiches und die einschneidenden Folgen eines solchen auch auf diejenigen Gläubiger, welche nicht freiwillig demselben beitreten, haben das Gesetz in Uebereinstimmung mit den meisten übrigen Legislationen [16]) veranlaßt, eine Erweiterung des Begriffes „Stimmen-Mehrheit" eintreten zu lassen. Nach §. 86 Abs. 2 und 3 der KO. ist im Allgemeinen ein Beschluß der Gläubigerversammlung vorhanden, wenn von den im Termine erschienenen oder vertretenen Gläubigern die Forderung der mit „Ja" stimmenden Gläubiger zusammen Mehr betragen, als die Forderungen der anders stimmenden Gläubiger. Eine solche einfache Mehrheit genügt nun nicht zur Annahme des Zwangsvergleiches, vielmehr müssen hier drei Viertheile der Forderungen zusammentreffen, um als Majorität zu gelten. Hinsichtlich der Summenberechnung bietet die Bestimmung keine Schwierigkeit; man dividirt mit 4 in die Gesammtsumme und multiplizirt den so gefundenen Betrag mit 3;

---

14) A. A. Fitting §. 47 Note 22, Hullmann S. 317, Petersen S. 465, v. Sarwey S. 788, Stieglitz S. 635, v. Wilmowski S. 467 Ich bedauere hier mit allen meinen verehrten Mitkommentatoren im Widerspruch zu stehen, tröste mich aber damit, daß die Sache ohnehin nicht vorkommen wird Der nicht stimmende Gläubiger wird auf Befragen, was er denn wolle, schließlich immer den Bescheid geben: „Ich mag halt nicht." Und weil derjenige, der den Vergleich will, „ja" sagen wird, sonach wer nicht mitstimmt, von vorneherein als Neinsager sich charakterisirt, kann ich nicht einsehen, daß ich Unrecht habe.

15) Anders, wenn sie sich vorher entfernt haben und in der Stimmliste gar nicht figuriren, vgl. oben lit. c II

16) Dieselben werden in den Motiven detaillirt aufgeführt.

dann zählt man die einzelnen Beträge der mit „Ja" Stimmenden zusammen, und wenn diese Summe so groß oder größer ist, als die aus Division und Mutiplikation gefundene Zahl, so gilt der Vergleich als angenommen, wenn nicht — nicht. Welche Forderungen zusammenzuzählen sind, ist auch nicht schwierig; es sind eben nur diejenigen der mit „Ja" Stimmenden. Kritischer aber ist es: wie wird die Summe gefunden, in welche mit 4 zu dividiren ist? Das Gesetz sagt: „die Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen". Ausgeschlossen zuvörderst ist nun jedenfalls die Inbetrachtnahme der Stimmberechtigung in abstracto. Wer einen vom Gemeinschuldner acceptirten Wechsel von 1000 Mark in Händen hat, ist sicher an sich „zum Stimmen berechtigt", aber nur wenn er seinen Anspruch angemeldet und sich das Stimmrecht nach §. 87 erworben hat. Es muß also jedenfalls die Forderung in concreto bereits die Stimmberechtigung erlangt haben. Genügt dies aber oder sollen nur Forderungen gezählt werden, welche abgestimmt haben? Nach den Motiven muß das Erstere angenommen werden; denn dieselben [17]) begründen die Vorschrift mit den Worten: „für die Stimmzählung erscheint das Interesse der Abwesenden genügend gewahrt, wenn bei der Summenzahl die stimmfähigen Forderungen derselben berücksichtigt werden; für die Personenzahl von dem Prinzip des §. 89 abzuweichen möchte schwerlich zum Nutzen der Sache dienen." Hiemit ist also deutlich erklärt, daß eine Abweichung vom Prinzipe des §. 89, wonach nur die Stimmenden zu zählen sind, beabsichtigt war und daß die Forderungen der Abwesenden berücksichtigt werden sollen. Die Motive bemerken dann weiter, daß das Gesetz sich der Pr. KO. vollkommen anschließe und nur darin abweiche, daß nach letzterer die Stimmberechtigung nach der Zeit des Erörterungstermins berechnet werde, während die gegenwärtige Konkursordnung den Stand zur Zeit des Vergleichstermines zu Grunde lege [18]). Nach bisherigem Preußischen Rechte war aber, meines Wissens, nicht bestritten, daß nicht blos die im Termine wirklich erschienenen zum Stimmen Berechtigten, sondern alle zum Stimmen berechtigten Gläubiger, welche im Termine hätten erscheinen können, bei der Berechnung der Forderungssumme gezählt werden. Die Absicht des Gesetzes ergibt sich wohl am Besten aus einem Beispiele: Der in Konkurs gerathene Kaufman A schuldet an die 48 Gläubiger B bis Z und b bis v im Ganzen 100,000 Mark. Der Gläubiger X, welcher 6000 Mark zu fordern hat, aber ein alter Freund des A ist, hat sich nicht gemeldet; der Gläubiger Y hat einen Wechsel von

17) Zum I. E. Bd. 2 S. 159.
18) Zum II. E. S. 416.

4000 Mark erst nach dem Prüfungstermine angemeldet; die Forderung des Gläubigers B mit 10,000 Mark ist im Prüfungstermine streitig geblieben und im Wege der Vereinbarung als für 5000 Mark stimmberechtigt erklärt worden; der gleichfalls streitig gebliebenen Forderung des Gläubigers C von 20,000 Mark hat der Konkursrichter ein Stimmrecht auf 10,000 Mark gegeben, nachträglich aber stellt der Gläubigerausschuß vor, daß die Forderung offenbar erst nach der Zahlungseinstellung entstanden ist, und belegt dies durch einen von C an den Gemeinschuldner geschriebenen Brief. Die Forderungen der übrigen Gläubiger sind im Prüfungstermine nicht bestritten worden. Am 12. Juni ist Vergleichstermin, bei welchem die Gläubiger Y, dann B bis N und b bis v erscheinen, von denen D und E jeder 5000 Mark, F, G und H jeder 2000 Mk., J auch 2000 Mark, K, L und M, dann b bis v, jeder 1000 Mark und N 10,000 Mark zu fordern haben. Die Gläubiger O bis W, von denen ersterer 1000 Mark, die übrigen je 500 Mark zu fordern haben, bleiben aus und Z, welcher nach Ablauf des Prüfungstermines 4000 Mark angemeldet hat, erscheint zwar, aber erst während der Abstimmung. — Bei Beginn des Termines wird auf Vorlage des Wechsels das Stimmrecht des Y zum vollen Betrage anerkannt, während dem C auf den Antrag der Mitgläubiger in Anwendung des §. 87 der KO. vom Richter das früher gewahrte Stimmrecht entzogen wird. Nach gepflogener Verhandlung stimmen B, D, E, J, K, L, M, N und Y, dann l bis v incl. mit: „Ja;“ F, G und H, dann b bis k incl. dagegen mit „Nein“. C erklärt, er sei auch für den Vergleich, und ebenso spricht sich Z am Schlusse der Abstimmung aus. Demohngeachtet ist der Vergleich nicht angenommen. Zwar die Kopfmajorität wäre offenbar erreicht, denn — wie Stauffacher auf dem Rütli sagt [19]) — „es ist ein Mehr von 20 gegen 12“. Allein zählen wir die Forderungen; mit „Ja“ haben gestimmt: B, der nicht für 10,000 Mark, die er zu fordern hat, sondern nur mit 5000 Mark, für die er stimmberechtigt ist, gezählt wird; C, der nicht stimmberechtigt war, fällt weg; D und E zählen mit je 5000 Mark, J mit 2000 Mark, sowie K, L und M dann l, m, n, o, p, q, r, s, t, u und v mit je 1000 Mk. N mit 10,000 Mark und Y mit 4000 Mark; Z, dessen Forderung noch nicht geprüft ist, daher kein Stimmrecht hat, zählt nicht. Sonach vertritt das „Ja“ eine Gesammtsumme von 45,000 Mark. Mit „Nein“ stimmten zwar nur F, G und H mit je 2000 Mark, dann b bis k incl. mit je 1000 Mark, zusammen also 15,000 Mark, so daß die „Ja“, wenn man nur die Stimmenden zu zählen brauchte, allerdings drei Viertheile, die

19) Wilhelm Tell, II. Akt, 2. Szene, Vers 463.

„Nein" nur ein Viertheil entziffern. Allein stimmberechtigt waren, wenn sie auch nicht gestimmt haben, O mit 1000 Mark und P bis W mit je 500 Mark, zusammen 5000 Mark; die Gesammtsumme, aus welcher die drei Viertheils-Majorität zu berechnen ist, beläuft sich also auf 65,000 Mk., und genügt also nur das „Ja" von mindestens 48,750 Mark, welches nicht erreicht wurde.

Das Gesetz sagt: „wenigstens drei Viertheile" und zieht also nur eine Grenze nach abwärts, nicht nach aufwärts. Je mehr Gläubiger zustimmen, desto besser, und wenn alle Forderungsinhaber sich mit dem Akkord einverstanden erklären, so schließt dies natürlich den Zwangsvergleich nicht aus. Aber es ist damit noch nicht der Zwangsvergleich vorhanden. Der Richter allein durch seine Bestätigung ruft denselben ins Leben und es muß derselbe trotz der Einstimmigkeit der im Termine anwesenden Gläubiger verworfen werden, wenn einer der Fälle des §. 172 gegeben ist. Dagegen hindert ein schwebendes Zwangsvergleichsverfahren die Einstellung des Verfahrens auf Grund der Zustimmung aller Gläubiger nicht [20]), und wenn alle Gläubiger einwilligen, so kann, auch wenn der Zwangsvergleich vom Richter verworfen ist, der Gemeinschuldner von dem §. 188 Gebrauch machen. Natürlich hat er dann aber nicht die günstigen Folgen des Akkordes für sich in Anspruch zu nehmen.

Es fragt sich nun, kann der Gemeinschuldner von dem Einen zum Andern abspringen? Man muß unterscheiden. So lange er den Vergleichsvorschlag zurücknehmen kann, ja. Wenn er aber dazu nicht mehr befugt ist (und dies ist der Fall, wenn der Termin abgehalten ist, vgl. oben S. 459) kann er es nicht mehr, und noch viel weniger kann er die Zustimmung der Gläubiger zum Zwangsvergleich als Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens behufs Antragstellung nach §. 188 benutzen. Denn diese beiden Zustimmungen sind qualitativ vollkommen verschieden; denn der bestätigte Zwangsvergleich gibt dem Gläubiger Rechte (z. B. nach §. 179), die ihn vielleicht zur Zustimmung veranlaßt haben, während er zur bloßen Einstellung sich nicht herbeigelassen hätte [21]).

g. (W i r d n u r e i n e d e r M e h r h e i t e n e r r e i c h t).

Das heißt also, wenn entweder die Mehrzahl der anwesenden Gläubiger, nach Köpfen gerechnet, zusammen weniger zu fordern haben, als drei Viertheile der Schuldenmasse, oder wenn zwar die zustimmenden Gläubiger drei Viertheile aller Forderungen, welche stimmberechtigt sind,

---

20) Erklärung des Regierungskommissärs, vgl. K. Prot. S. 111.

21) Ebenso H u l l m a n n S. 369, S t i e g l i t z S. 619, v. W i l m o w s k i S. 459. Etwas anders v. S a r w e y S. 774.

repräsentiren, aber nach Köpfen gerechnet weniger als die Hälfte aller Anwesenden betragen. Gesetzt also, es seien 50 Gläubiger im Termine erschienen, welche zusammen 50,000 Mark zu fordern haben, so ist der Fall des zweiten Absatzes gegeben, wenn entweder 26 Gläubiger (oder mehr) „Ja" gestimmt haben, diese aber zusammen nur 25,000 Mark zu fordern berechtigt sind, oder wenn die mit „Ja" Stimmenden 25 Gläubiger (oder weniger) zusammen 37,500 Mark (und mehr) zu fordern haben.

h. (bis zum Schlusse des Termins).

Der Termin wird dann als geschlossen zu erachten sein, wenn das Protokoll abgeschlossen ist. Eine bloße mündliche Erklärung des Richters: „ich schließe den Termin" würde meines Erachtens den Gemeinschuldner nicht hindern, zu erklären: „Erlauben Sie, Herr Amtsrichter, ich möchte vorher noch beantragen u. s. w."

i. (die einmalige Wiederholung der Abstimmung).

Nach den Worten des Gesetzes würde nur die Abstimmung zu wiederholen sein, allein die Motive sagen (zum II. E. S. 416): „für den neuen Termin gelten alle für den ersten ertheilten Vorschriften; die Verhandlung ist in allen Theilen[22]) zu wiederholen, die früheren Erklärungen haben an sich keine Wirksamkeit." Da nun allerdings eine bloße nochmalige Abstimmung, wenn nicht eine nochmalige Erörterung der Sachlage und allenfalls zulässige Modifikationen des Vorschlages in Mitte treten, in der Regel werthlos sein würde, so dürfte die Interpretation der Motive acceptirt werden.

k. (denselben zu bestimmen).

Auf wie lange hinaus kann das Gericht den neuen Termin bestimmen? Keinesfalls weiter als den ersten, nämlich auf einen Monat (§. 166); in der Regel aber wird ein kürzerer genügen.

l. (und im Termine zu verkünden).

Einer weiteren öffentlichen Bekanntmachung des neuen Termines bedarf es nicht[23]).

---

22) Also auch hinsichtlich der Prüfung der Stimmberechtigung? Dieses doch wohl nur, wenn die Stimmberechtigung nur für die eine Gläubigerversammlung und nicht für immer festgestellt wurde; vgl. oben Abth. II S. 135 ff.

23) v. Wilmowski 469 (302) hält dies für zweifelhaft und zwar im Hinblicke auf §. 66 Abs. 2, schließt sich aber der im Texte gegebenen Ansicht an, welche schon wegen §. 85 Abs. 2. nicht zu bestreiten ist, denn materiell ist die Ansetzung des neuen Termines nur eine Vertagung des Vergleichsabschlusses. Ebenso Fitting §. 47 Note 27, Stieglitz S. 637.

§. 170.

Gerichtliche Bestätigung.

Der angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts.

Das Gericht entscheidet, nachdem es die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuß in dem Vergleichstermine oder einem zu verkündenden Termine gehört hat.

I. E. §. 178; II. E. §. 170; Pr. H. E. Art. 853—855; Pr. KO. §. 190—192; B Pr. KO. Art. 1316 Abs. 3.

I. Die Motive [1]) bemerken, daß die Entscheidung und daher auch die vorgängige Verhandlung über die Bestätigung oder Nichtbestätigung des Zwangsvergleiches in der Regel im Vergleichstermine erfolgen und verkündet werden solle. Die. Verhandlung hat sich der Natur der Sache gemäß über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der in §. 172 und §. 173 Ziff. 1 der KO. aufgestellten Voraussetzungen [2]) und, wenn ein Gläubiger sich auf die Ziff. 2 des §. 173 stützen will, über diejenigen Gründe zu erstrecken, welche den Inhalt des Vergleichs als dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Gläubiger widersprechend erscheinen lassen. Wenn daher im Vergleichtermine diese Punkte nicht ausdrücklich erörtert worden sind, so muß hiefür ein neuer Termin anberaumt werden [3]).

II. Das Gericht kann die Bestätigung theils von Amtswegen (§. 172), theils lediglich auf Antrag eines stimmberechtigten Gläubigers (§. 173) versagen. Daß ein solcher Antrag nur von einem persönlich anwesenden Gläubiger gestellt werden kann, ist nicht zu bezweifeln; wenn dagegen ein weder im Vergleichstermine noch im besonderen Termine erschienener Gläubiger, oder wenn der Verwalter Thatsachen, welche die in §. 173 enthaltenen Voraussetzungen begründen, dem Gerichte schriftlich darlegt,

---

1) Zum II. E. S. 417.

2) Diese Voraussetzungen sind exclusiv; liegt keine derselben vor, so muß der Vergleich bestätigt werden. K. Prt. 112.

3) Diese Bestimmung wurde vielfach erörtert. Der erste Entwurf hatte eine kontradiktorische Verhandlung mit Endurtheil angeordnet; der zweite Entwurf, welcher in erster Lesung unverändert blieb, hatte nur vorheriges Gehör der Gläubiger, des Verwalters und des Ausschusses verlangt. Die jetzige Fassung erfolgte auf Antrag des Abg. Dr. v. Sarwey in zweiter Lesung.

kann dasselbe auch daraufhin die Bestätigung versagen[4]). Allerdings aber nur, wenn über die Frage verhandelt worden ist. Die Sache stellt sich also meines Erachtens so[5]):

1) das Gericht entscheidet sogleich nach der im Vergleichstermine selbst gepflogenen Verhandlung. Hier ist natürlich Raum zu einer schriftlichen Erkärung nicht vorhanden;

2) das Gericht vertagt seine Entscheidung, sei es a) daß nur für die Verkündung des Beschlusses Termin angesetzt wird, oder b) daß zur Verhandlung selbst eine Tagfahrt anzuberaumen für nöthig scheint. Im letzterem Falle wird der Richter etwa in der Zwischenzeit einlaufende schriftliche Beanstandungen bei der Verhandlung zur Sprache bringen; dagegen muß im Falle 2. a, wenn vor der Verkündung bereits eine schriftliche Beanstandung eingelaufen wäre, welcher der Richter Beachtung schenken will, die Verkündung ausgesetzt und ein neuer Termin zur Verhandlung angesetzt werden[6]).

III. Unter allen Umständen soll der Entscheidung eine Anhörung der Betheiligten vorangehen. Diese Anhörung ist zwar nicht eine mündliche Verhandlung im Sinne einer Prozeßverhandlung; aber (wie in Nr. I erwähnt) es muß der Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung begründet (und wohl auch besprochen) werden[7]). Die Vorschriften der Civilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung; sie erleiden nur insoferne eine Modifikation, daß hier nicht nothwendig ein Rechtsstreit vorzuliegen und nicht nothwendig Parteien sich gegenüber zu stehen brauchen. Betheiligt als Kontrahent und wegen der Vollstreckbarkeit der von dem Vergleich betroffenen Forderungen ist stets der Gemeinschuldner. Der Verwalter ist in keiner Weise Partei; es genügt die gutachtliche Aeußerung desselben

---

4) Die Kommissionsverhandlungen stellen die Frage nicht klar; allerdings wurde in zweiter Lesung der Antrag des Abg Wölfel, welcher „die Zulassung einer schriftlichen Erklärung für bedenklich" hielt (K. Prot. S. 185) angenommen; allein nachdem das Gesetz eine andere Fassung enthält, scheint mir die Auslegung sich frei bewegen zu dürfen.

5) Vgl. die Aeußerung des Abg Schröder bei der Berathung; K. Prt. S. 185.

6) v. Sarwey S. 791 ist der Ansicht, durch die Fassung des Abs. 2 des §. 170 sei ausgeschlossen, daß ein schriftlicher Antrag auf Nichtbestätigung des Zwangsvergleichs berücksichtigt werde, wenn dieser Antrag nicht von einem in dem Termine anwesenden Gläubiger aufgenommen werde. Eben dieser Ansicht sind Fitting §. 48 Note 10 u. Stieglitz S. 638.

7) Wenn also im Vergleichstermine nur über die Propositionen vom Standpunkte der Annehmbarkeit debattirt wurde, so genügt dies nicht, um sofort die Bestätigung am Schlusse des Termins zu verkünden.

wie des Gläubigerausschusses. Als Partei gegenüber dem Gemeinschuldner und neben ihm gegen einander erscheinen die Gläubiger, und zwar jeder Gläubiger, welcher zur Zeit des Vergleichsbeschlusses berechtigt war, an demselben Theil zu nehmen, selbst wenn er an dem Abschlusse nicht wirklich Theil genommen hätte [8]) oder mit Unrecht von der Theilnahme ausgeschlossen worden wäre [9]). Sogar ein Gläubiger, welcher für den Vergleich gestimmt hatte, wird die Verwerfung beantragen können, besonders wenn seine Zustimmung aus Irrthum oder Betrug u. s. w. erfolgt war. Ebensowenig verbietet es sich, daß ein Gläubiger, der gegen den Vergleich gestimmt hat, nunmehr dennoch die Bestätigung beantragt (Motive).

IV. Das Gesetz sagt nur: in einem „zu verkündenden Termine." Jedenfalls also ist eine gesonderte Ladung des Gemeinschuldners, des Verwalters und aller oder einzelner Gläubiger ausgeschlossen [10]). Aber auch eine öffentliche Bekanntmachung des Termines wird nicht geboten erscheinen, vielmehr ist der neue Termin vom Richter sofort am Schlusse des Vergleichstermines anzusetzen. Würde freilich der Richter sich begnügt haben, lediglich zu erklären: „über die Bestätigung des Vergleichs werde ich nochmals verhandeln", so wird der neue Termin wohl nur im Wege der öffentlichen Bekanntmachung „zu verkünden" sein. In diesem Falle wird sich dann wohl auch gesonderte Ladung an den Gemeinschuldner und den Verwalter nicht vermeiden lassen.

---

§. 171.

Verkündung des Beschlusses.

Der Beschluß, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, ist zu verkünden.

I. E.; — II. E. §. 171; Pr. H. E. Art. 854 Abs. 4; Pr. KO. §. 191 Abs. 4; B. Pr. O. Art. 1316 Abs. 3.

I. Die Verkündung des Beschlusses, durch welchen ein Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, soll, da eine Zustellung desselben an alle von ihm Betroffenen unthunlich ist (Motive), durch mündliches Ver-

---

8) Nach den Erl. zu §. 173 auch solche, welche im Vergleichstermine noch nicht stimmberechtigt waren.

9) Erk. des Berl. Obertribunals vom 10. Oktober 1859 (Entscheid. Bd. 41 S. 276).

10) Ebenso Fitting §. 118 Note 12.

lesen in einem Termine verkündet werden. Es kann dies am Schlusse des Vergleichstermines und beziehungsweise am Schlusse des nach §. 170 Abs. 2 gepflogenen Verhandlungstermines geschehen; es kann aber auch am Schlusse dieser Termine ein eigener Publikationstermin angesetzt werden.

II. Eine öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses nach §. 68 der KO. oder eine Zustellung an den Gemeinschuldner und Verwalter ist nicht vorgeschrieben [1]). Auch der Publikationstermin braucht nicht weiter öffentlich bekannt gegeben zu werden, da am Schlusse des Vergleichstermines (welcher seinerseits nach §. 166 allerdings veröffentlicht werden muß) jeder weitere Termin mündlich publizirt wird und es daher Schuld der Betheiligten ist, wenn sie an diesem Termine nicht erscheinen und auch keine Nachricht über die Vorgänge dabei sich verschaffen.

III. Ob blos der Tenor des Beschlusses und nicht auch die Entscheidungsgründe verkündet werden müssen, mag bestritten werden. Ein Erk. des ROHG. vom 28. Februar 1873 (Sammlung Bd. IX S. 106) bemerkt hierüber: „die sofortige Kenntniß der Begründung des Bescheides erscheine als wesentlich nicht nur für den Entschluß der Partei, ob, sondern insbesondere dafür, wie sie denselben anfechten solle. So lange also die Gründe nicht publizirt seien, könne auch die Beschwerdefrist nicht laufen." Allein ziehen wir die Bestimmung des §. 282 der Civ.-Pr.-O. analog hieher, welcher sagt: „die Verkündung des Urtheils erfolgt durch Verlesung der Urtheilsformel", und die Verkündung der Entscheidungsgründe in das Ermessen des Richters stellt, und erwägen wir, daß nach §. 283 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O. die Zustellung einer vollständigen Ausfertigung des Urtheils nicht nöthig ist, um das Verfahren fortzusetzen, ferner daß jeder Partei freisteht, die Entscheidungsgründe auf der Gerichtsschreiberei einzusehen, so muß man zu der Ueberzeugung kommen, daß künftig nur die eigentliche Entscheidung über Bestätigung

---

1) Hullmann S. 320, Meisner S. 355 und Wengler S. 624 sind entgegengesetzter Ansicht und glauben, im Hinblicke auf § 66 Abs. 2 müsse stets neben der Verkündung auch eine Zustellung erfolgen. Allein gerade dieses erklären die Motive als „unthunlich" und ebendeshalb nahm das Gesetz den §. 171 auf, der ganz unnöthig gewesen wäre, wenn man nur das allgemein für Entscheidungen Maßgebende auf die Bestätigung des Zwangsvergleiches hätte anwenden wollen Ebenso Fitting S. 367 Note 14, Petersen S. 471, v. Sarwey S. (668) 792, Stieglitz S. 639, v. Wilmowski S. 471.

oder Verwerfung des Zwangsvergleiches verlesen werden muß, daß aber in kritischen Fällen der Richter wohl auch seine Gründe den im Termine Anwesenden kund geben wird [2]).

---

§. 172.

Verwerfung des Vergleichs von Amtswegen.

Der Vergleich ist zu verwerfen [a]):

1) wenn die für das Verfahren und den Abschluß des Vergleichs gegebenen Vorschriften [b]) nicht beobachtet sind [c]), und das Fehlende nicht ergänzt werden kann [d]);

2) wenn ein Fall der Unzulässigkeit [e]) eines Zwangsvergleichs nachträglich eingetreten ist [f]).

§. 173.

Verwerfung des Vergleichs auf Antrag.

Der Vergleich ist auf Antrag [g]) eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers [h]), welcher stimmberechtigt war [i]) oder seine Forderung glaubhaft macht, zu verwerfen:

1) wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise [k]) zu Stande gekommen ist;

2) wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger [l]) widerspricht.

Der Antrag ist nur zuzulassen [m]), wenn die Thatsachen, auf welche derselbe gegründet wird, glaubhaft gemacht werden.

I. E. §. 180; II. E §. 172 u. 173; Pr. H. E. Art 855 u. 856; Pr. KO. §§. 192 u. 193; B. Pr. O. —.

a. (Der Vergleich ist zu verwerfen).

Wenn die Vergleichsproposition in der Gläubigerversammlung zurückgewiesen wird, das heißt nicht die vorgeschriebene Majorität erlangt, so

---

2) Ebenso Hullmann S. 320, Petersen S. 471, v. Sarwey S. 793, welche beiden letzteren überhaupt die Beifügung von Gründen nicht für nothwendig erachten, und Wengler S. 624. A. A. v. Wilmowski S. 471, welcher mit Unrecht Hullmann für sich citirt, denn dieser erklärt, die Verkündung der Entscheidungsgründe sei nicht nothwendig, nur in den Ausfertigungen (die er zuzustellen für geboten erachtet) müßten sie mitenthalten sein.

ist zwar ein gerichtlicher Beschluß zu erlassen, allein dieser wird von kurzer Hand ohne weitere Verhandlung im Vergleichstermine mündlich verkündet und dem Protokolle einverleibt. Das Konkurs-Verfahren geht sodann seinen Gang fort, ohne daß es einer weiteren Amtshandlung in Betreff des Zwangsvergleichsverfahrens bedarf [1]).

Wird die Vergleichsproposition angenommen, und der Richter glaubt dieselbe bestätigen zu müssen, so ist eine weitere Antragstellung Seitens des Gemeinschuldners oder des Verwalters nicht von Nöthen Die Anberaumung eines etwaigen Verhandlungstermines und die Bestätigung in demselben erfolgt von Amtswegen.

Findet der Richter einen Anlaß zur Nichtbestätigung aus den in §. 172 aufgeführten Gründen, so spricht er gleichfalls von Amtswegen die Verwerfung aus; soll aber die Verwerfung auf die Vorschrift des §. 173 hin ergehen, so muß ein Antrag vorliegen [2]).

Die Verwerfung von Amtswegen kann (wie bereits erwähnt) [3]) nur wegen einer der in §. 172 enthaltenen Ursachen [4]) erfolgen, der Antrag auf Verwerfung Seitens eines Betheiligten nur auf die in §. 173 bezeichneten Thatsachen gestützt werden; jede analoge Ausdehnung ist ausgeschlossen.

b) (die für das Verfahren und den Abschluß des Vergleichs gegebenen Vorschriften).

Hieher gehört also z. B. die Bestimmung, daß der Zwangsvergleich nicht vor Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines und nicht nach Vornahme der Schlußvertheilung geschlossen werden kann (§. 160),

---

1) Man könnte hieran für den oben (S. 557) erwähnten Fall zweifeln, daß bei einem als annehmbar erklärten Vorschlage die Verwerthung der Masse gegen den Willen des Verwalters vom Richter inhibirt worden ist. Allein dieser gerichtliche Bescheid tritt ipso facto durch die Verwerfung des Vergleiches wieder außer Kraft, der Verwalter fährt faktisch fort, die Masse zu versilbern, und den Gemeinschuldner, welcher sich auf den Inhibirungsbescheid berufen wollte, wird der Richter auf seinen weiteren Beschluß hinweisen.

2) Es versteht sich, daß der Richter in beiden Fällen nur dann den Vergleich verwerfen kann, wenn er die Ueberzeugung, nöthigenfalls durch anzustellende Erhebungen, erlangt hat, daß die Thatsachen, auf Grund deren er verwerfen will, wahr sind.

3) Vgl. oben zu §. 170 Note 2.

4) In diesem Falle aber ganz unabhängig von den Gläubigern. Selbst wenn alle im Vergleichstermine Anwesenden zugestimmt hätten, ist die Verwerfung (wegen der verbindlichen Kraft des Zwangsvergleiches auch gegen alle übrigen Gläubiger) nicht ausgeschlossen. Wer die Verwerfung beantragen könne, siehe den vorigen Paragraphen Erl. III.

ferner die Vorschrift, daß die Erklärung des Gläubigerausschusses erholt [5]) und daß diese und der Vorschlag auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden müssen (§. 165). Es ist weiters der Paragraph anwendbar, wenn in der Ansetzung [6]) und Bekanntmachung des Vergleichstermines oder in der Ladung der angemeldeten Gläubiger Etwas versehen wurde (§. 166), oder wenn sich nachträglich ergibt, daß die in §. 169 vorgeschriebene Mehrheit in Wahrheit nicht erreicht war, oder wenn sich hinsichtlich der Legitimationspunkte der Abstimmenden nachträglich Anstände zeigen und dergleichen [7]). Es gehört ferner hieher, wenn der Vergleichsvorschlag der Vorschrift des §. 161 nicht entspricht, oder wenn ein Fall des §. 162 vorliegt [8]) Die wichtigste und nie zu umgehende Prüfung des Richters wird sich aber dahin zu richten haben, ob der §. 168, die Gleichheit für alle Gläubiger, vollkommen beobachtet ist. (Anderer Ansicht Meisner S. 354 Note 7.) Indessen kann hier natürlich nur die formelle Gleichheit in Betracht kommen, die materielle Ungleichheit (heimliche Begünstigung des einen oder anderen Gläubigers, unlautere Manipulationen, um den Schein der Gleichheit herbeizuführen u. s. w.) kann nur auf Antrag untersucht und beachtet werden. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Distinktion einigermaßen fein ist, und es mag in der Praxis schwer werden, die richtige Gränze zu finden. Ich möchte mich mehr dazu hinneigen, das Antrags-Gebiet als vorwiegend zu erachten; das heißt, ich glaube, der Richter wird gut thun, wenn ein Antrag auf Verwerfung nicht vorliegt, eine peinliche Recherche, ob wirklich alle Gläubiger gleich gestellt sind, zu unterlassen.

c. (nicht beachtet sind).

Dadurch, daß das Gesetz die Verwerfung einfach an das „Nichtbeob-

---

5) Wenn das Gericht hierauf trotz der Annahme im Vergleichstermine aus concreten Rücksichten einen Werth legen zu sollen meint, indessen höchstens dann, wenn der Termin zu kurz angesetzt wäre Vgl. Fitting §. 48 Note 1.

6) Fitting §. 48 Note 1 zieht die Nichtbeachtung des § 164 hieher. Ich glaube aber, dieser formelle Mangel der vorherigen Begutachtung wird durch die Verhandlung im Termin geheilt.

7) Die Besetzung des Amtsgerichtes hat z. B. gewechselt und der funktionirende Konkursrichter findet, daß sein Amtsvorgänger in der Berechnung des Termines sich geirrt hat.

8) „Inwieweit das Gericht die nicht beobachteten Vorschriften für wesentlich und die Verwerfung bedingend zu erachten hat, muß dessen Ermessen überlassen bleiben". Motive zum II. E S. 418. Jedenfalls kann aber hiewegen auch das Obergericht angegangen werden.

achtetsein" der für das Verfahren und den Abschluß gegebenen Vorschriften knüpft, ist ausgeschlossen, daß hieran das Verhalten der Parteien irgend etwas zu ändern vermag. Der Mangel kann also auch durch einen stillschweigenden oder ausdrücklichen Verzicht der Betheiligten nicht gehoben werden [9]), weil eben beim Zwangsvergleiche die Entscheidung über den Kreis der Betheilgten hinausgeht [10]).

d. (und das Fehlende nicht ergänzt werden kann).

„Das Gericht ordnet entweder die Ergänzung des Fehlenden an oder setzt die Verhandlung aus oder verwirft den Vergleich." (Motive.) Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob das Gericht hiebei nach Belieben die Alternative wählen könnte. Die Verwerfung ist nur dann auszusprechen, wenn das Fehlende nicht ergänzt werden kann; es wird also, wenn z. B. der im Termine für den Gläubiger A erschienene Anwalt B, wie sich nachträglich [11]) herausstellt, keine genügende Vollmacht besaß, nicht ohne Weiteres die Verwerfung des Vergleichs ausgesprochen werden dürfen. Wenn die Mehrheit auch ohne diese Stimme erreicht ist, geht vielmehr der Richter über den Mangel als unwesentlich hinweg, kommt aber auf die Stimme Etwas an, so verordnet er entweder sofortige Beibringung der Vollmacht oder er vertagt die Beschlußfassung bis zur Nachbringung einer solchen.

e. (ein Fall der Unzulässigkeit).

Nach §. 162 der KO.

f. (nachträglich eingetreten ist).

Wenn also z. B. der Gemeinschuldner nach Einreichung seines Vergleichsvorschlages flüchtig gegangen ist oder das Hauptverfahren wegen betrüglichen Bankeruttes im Laufe der Vergleichsverhandlung eröffnet wurde u. dgl. (Vgl. oben Abth. II S. 465.)

g. (auf Antrag).

Die Frist für diesen Antrag ergibt sich aus dem Umstande, daß, der rechtskräftig bestätigte Vergleich nicht mehr in Frage gestellt werden kann, außer im Falle der §§. 182 und 183 der KO. Sonach ist der Antrag zulässig, so lange noch die Bestätigung nicht verkündet wurde, und er ist auch noch in der Beschwerdeinstanz nachzuholen.

---

9) Vgl. jedoch Note 6.

10) Eine vollständige Einigung aller denkbar Betheiligten wird schwer nachzuweisen sein; wenn aber eine übereinstimmende Erklärung der bekannten Betheiligten vorliegt, so wird der Richter anstatt einer Aufhebung des Verfahrens wegen Zwangsvergleiches die Aufhebung nach §. 188 verfügen.

11) Denn wenn dies im Termine selbst bemerkt wurde, ist derselbe wohl kaum zur Abstimmung zuzulassen, vgl. oben Abth. II S. 138.

h. (eines nicht bevorrechtigen Gläubigers).

I. Der bevorrechtigte Gläubiger hat kein Interesse an der Frage, ob ein Vergleich verworfen werde oder nicht; demohngeachtet wird man ihm natürlich nicht verwehren können, seine Wahrnehmungen in der Verhandlung vorzubringen [12]), allein beachtet werden sie nur, wenn der eine oder andere nicht bevorrechtigte Gläubiger sie sich aneignet.

II. Der Verwalter ist in keiner Weise Partei, ihm steht demnach ein Antrag auf Verwerfung des Vergleiches nicht zu [13]). Vgl. hiewegen oben Abth. I S. 39 ff.

i. (welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht).

I. Unter die „stimmberechtigten" Gläubiger gehören vor Allem diejenigen, welche an der Abstimmung Theil genommen haben [14]); dann diejenigen, welche hätten Theil nehmen können, sei es in concreto, sei es in abstracto. Das heißt also, sämmtliche Gläubiger, welche ein Stimmrecht besaßen [15]), aber entweder im Termine nicht erschienen sind oder sich ohne abzustimmen wieder entfernt haben; ferner auch diejenigen, welche zwar Forderungen angemeldet haben, aber zur Zeit des Termines für dieselben noch kein Stimmrecht hatten [16]); endlich auch solche Gläubiger, welche zwar forderungsberechtigt sind, aber ihre Forderungen im Konkurse nicht angemeldet haben. Nach meiner Ansicht sind auch diejenigen Gläubiger hieher zu zählen, welche sich nach §. 56 der KO. im

---

12) Der Entwurf hatte nur die Worte „auf Antrag eines Gläubigers". Die jetzige Fassung erfolgte auf Antrag Dr. Goldschmidt's, vgl. K. Prt. S. 131.

13) Natürlich nur, wenn er nicht selbst Gläubiger ist; denn dann schließt seine Eigenschaft als Verwalter ihn nicht von der Ausübung seiner allgemeinen Gläubigerrechte aus.

14) Man könnte versucht sein, dies auf die Mitglieder der Minorität zu beschränken; allein lege non distinguente nec nostrum est distinguere. Vgl. §. 170 Nr. III und § 174 Note 4.

15) Es mag hier bemerkt werden, daß die nachträgliche Anfechtung des gewährten Stimmrechtes durch §. 87 und 88 der KO. auch in diesem Stadium des Konkurses ausgeschlossen erscheint.

16) Sei es, daß ihre Forderung noch nicht geprüft war oder daß ihnen auf Widerspruch nach § 87 Abs. 2 und §. 88 vom Richter kein Stimmrecht gegeben wurde. Freilich wird es bei diesen letzteren in der Regel an der „Glaubhaftmachung" fehlen; denn wenn eine Forderung überhaupt glaubhaft ist, wird der Richter für dieselbe nicht leicht das Stimmrecht versagen.

Konkursverfahren nicht melden können, weil auch für sie der Zwangsvergleich bindend ist [17]).

II. Wie eine Forderung „glaubhaft gemacht" werde, ist nach §. 266 der Civ.-Pr.-O. zu bemessen (vgl. oben S. 187); auch hier wird der Eid des Gläubigers als Beweismittel auszuschließen sein.

k. (durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise).

„Dieser Verwerfungsgrund ist (sagen die Motive) weiter als der Begriff eines Betruges"; es fallen darunter auch Begünstigungen eines Gläubigers, welche an sich nicht unter die Bestimmung des §. 168 als „nichtige Abkommen" fallen. Es können nach meinem Dafürhalten daher jene Manipulationen, welche ich oben [18]) als nicht genügend zur Herbeiführung einer Nichtigkeit erklärt habe, unter Umständen allerdings dazu führen, daß der Richter den Vergleich verwirft. Hier möchten dann die Grundsätze, welche das Berliner Obertribunal in den Erk. vom 19. Juni 1860 [19]), vom 18. Dezember 1862 [20]) und anderen ausgesprochen hat, passend erscheinen. Wenn die Cession der Forderung nur scheinbar geschah, nicht als reelle Ablösung, sondern nur als Mittel zum Zweck, nämlich zur Ueberstimmung der anderen Gläubiger sich darstellt, wenn überhaupt die Begünstigung des Abgefundenen das überwiegende Moment der Manipulation bildet, so wird der Richter auf Antrag der benachtheiligten Gläubiger, auch wenn das Geschäft, das in Mitte liegt, an sich ein erlaubtes war, allerdings die Bestätigung versagen können.

Noch weiter geht der Begriff „unlautere Weise"; denn hieher gehören auch Einwirkungen, die nicht in einer pekuniären Begünstigung des einzelnen Gläubigers bestehen [21]), und Vorgänge, welche ohne Rechtsverletzung dennoch die allgemeine gebotene bona fides beeinträchtigen. Ich würde z. B. als Richter, wenn sich ergibt, daß der Vertreter eines Gläubigers im Termine gegen seine Instruktion dem Vergleiche zuge-

---

17) Vgl. §. 178 lit. d.

18) S. 574.

19) Striethorst, Archiv Bd. 38 S. 206.

20) Striethorst, Archiv Bd. 46 S. 356.

21) Z. B. ein Gläubiger wird von der Frau des Gemeinschuldners durch allzugroße Liebenswürdigkeit zum „Ja"-Stimmen bewogen, oder der Dichter Reimeschmid, Verfasser einer blutigen Tragödie, läßt sich zur Annahme des von seinem Schuldner, dem Schauspieler Brüllmaier, proponirten Akkordes herbei, weil er besorgt, außerdem möchte der Gemeinschuldner so schlecht spielen, daß sein Stück durchfällt.

stimmt und dadurch die Mehrheit erzielt hat, einerlei ob er dies absichtlich oder aus Irrthum gethan hat, auf Antrag des Mandatars sowohl als auch auf Antrag eines Gläubigers der Minorität den Akkord unbarmherzig verwerfen [22]).

Wer die betreffenden Gläubiger begünstigt hat, wer den Vergleich in unlauterer Weise zu Stande brachte [23]), ist gleichgültig; das leitende Motiv bleibt die Erwägung, ob die Sachlage eine derartige ist, daß ein Zwang gegen die dissentirenden Gläubiger als unvereinbar mit der bona fides erscheint [24]).

l. (dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Gläubiger).

Die Motive sagen: „nach der Fassung und dem Sinne des Gesetzes ist eine Anwendung dieses Grundes dahin beschränkt, daß der Vergleich und dessen Erhebung zu einem Zwangsvergleiche dem gleichen gemeinschaftlichen Interesse Aller widersprechen würde [25]). Andererseits ist der Grund in den Momenten, aus welchen eine Benachtheiligung der Gläubiger zu entnehmen ist, ein unbeschränkt allgemeiner". Als leitende Gesichtspunkte wird der Richter auf Grund dieses Prinzipes bei Entscheidung der Frage, ob das Interesse der sämmtlichen Gläubiger gewahrt ist, besonders zu beachten haben:

1) wie stellt sich der Inhalt des Akkordes zu dem voraussichtlichen Resultate bei Fortführung des Konkursverfahrens? [26])

---

22) In Uebereinstimmung mit zwei Preußischen Gerichten (den beiden unteren Instanzen), deren Ansicht aber das Berliner Obertribunal nicht billigte. Erk. vom 29. Juni 1858. (Entsch. Bd. 40 S. 390.)

23) Ueber das „zu Stande bringen" vgl. die Erläuterung zu §. 182 lit. o.

24) Ein häufig maßgebendes Moment wird die Heimlichkeit der Manipulation bilden (worauf insbesondere die Praxis des Berliner Obertribunals Werth gelegt hatte). Wenn das Abkaufen von Forderungen, die Abfindung behufs Verzichtes u. s. w. loyale Beweggründe hat, wird man solche Geschäfte den Mitgläubigern nicht verheimlichen. Umgekehrt, betreibt man solche Dinge im Geheimen, so schmecken sie von vorneherein etwas unlauter.

25) Eine Parallelstelle bietet der §. 91 der KO., worüber oben Abth. II S. 148 zu vergleichen ist.

26) Wie schon mein Großvater Völderndorff in seiner oben zitirten Schrift von den Nachlaßverträgen (S. 16) betont und wofür er ein Beispiel aus der Praxis angeführt hat, und Petersen S. 472 und v. Sarwey S. 799 gleichfalls hervorheben, würde ein Zwangsvergleich, welcher den Gläubigern den Verzicht auf ihre ganze Forderung zumuthen würde, je-

2) erscheint die Erfüllung des Vergleiches gesichert? [27])

3) in welcher Weise ist der Akkord zu Stande gekommen?

Letzteres ist wohl der bedeutendste Erwägungsgrund.

Die Pr. KO. hatte in §. 153 Nr. 4 folgende dispositive Sätze formulirt:

„Eine Benachtheiligung des Interesses der Gläubiger ist in der Regel anzunehmen, wenn

a) der Akkord überwiegend durch die Zustimmung solcher Gläubiger, denen neben dem Gemeinschuldner noch andere Personen solidarisch mitverpflichtet sind — an denen sie sich also erholen können —, gegen die Stimmen solcher Gläubiger, denen der Gemeinschuldner allein haftet, zu Stande gekommen ist;

b) wenn die erforderliche Majorität an Stimmen oder Kapital nur durch die Theilnahme von Verwandten des Gemeinschuldners oder solcher Gläubiger erreicht worden ist, welche erst seit der Konkurseröffnung durch freiwillige Rechtsgeschäfte Eigenthümer der Forderungen geworden sind, mit welchen sie für die Annahme des Akkordes gestimmt haben".

Hiezu fügte die Novelle vom 12. März 1869 noch bei:

c) wenn der Gemeinschuldner schon früher einmal in Konkurs gewesen war.

Dies sind — wie die Motive bemerken — sehr bemerkenswerthe

---

denfalls dem Interesse der Gläubiger widersprechen, denn schlechter könnte es ihnen ja auch nicht ergehen, wenn sie im Konkurs gar Nichts bekämen.

Allerdings läßt sich hiegegen einwenden, daß schon aus der Zustimmung der Kopfmehrheit und der überwiegenden Forderungsbeträge hervorgehe, es müsse doch irgend ein Interesse für Abschluß des Vergleiches auch auf Seite der Gläubiger vorhanden sein, wenn sie einem derartigen Vergleiche zustimmen, bei dem anscheinend für sie gar Nichts herausschaut. Allein gerade dies muß meines Erachtens den Richter um so bedenklicher machen, und ihn vermuthen lassen, daß es nicht mit rechten Dingen zugehe. Absolut ausgeschlossen ist freilich nach dem Wortlaute des Gesetzes die Bestätigung des Zwangsvergleiches auch in diesem Falle nicht.

27) In dieser Hinsicht kann allerdings, wie die Motive treffend bemerken, das frühere Verhalten des Gemeinschuldners von Bedeutung sein; wenn z. B. dieser schon früher einmal in Konkurs war, oder gar wenn er einen früheren Akkord nicht richtig erfüllt hat, wird man ihm wenig Zutrauen schenken, daß er den neuen Vergleich erfüllen werde. Aber auch andere Momente kommen hier in Betracht, insbesondere ob der Gemeinschuldner überhaupt ein reeller Mann ist u. dgl.

Beispiele, aber immerhin nur Beispiele, denen sich verschiedene andere zur Seite stellen ließen. Ich würde z. B. keinen Anstand nehmen, auf Antrag eines Minoritäts-Gläubigers einen Zwangsvergleich[28]) zu verwerfen, wenn die Majorität etwa eine knappe und die drei Viertheile an der Forderungssumme durch einige wenige Kapitale erzielt werden, während in der Minorität viele kleine Beträge sich finden, und Aehnliches.

4) Man könnte noch daran denken, daß der Richter auch auf das gesammte Vorleben des Gemeinschuldners Rücksicht nehmen müsse, daß er z. B. (natürlich immer einen Antrag eines dissentirenden Gläubigers vorausgesetzt) dem angenommenen Vergleiche deshalb die Bestätigung versagen dürfte, weil der Kridar nur durch Aufwand, Spiel, waghalsige Spekulationen u. dgl. in Ueberschuldung gerathen ist. Allein hiezu ist im Gesetze keine Handhabe geboten; es wäre denn (vgl. Note 27), der Richter würde nach innerer Ueberzeugung aus diesen Thatsachen schließen, daß von einem solchen Manne nicht zu erwarten sei, er werde den Akkord auch reell erfüllen, es fehle also das oben unter Nr. 2 bereits erwähnte Erforderniß der Sicherheit. Wegen Unwürdigkeit allein aber kann der Akkord nicht verworfen werden[29]).

m. (der Antrag ist nur zuzulassen).

Im Entwurfe hieß diese Bestimmung: „die Thatsachen, auf welche der Antrag gegründet wird, sind glaubhaft zu machen". In der Berathungskommission[30]) beantragte Abg. v. Vahl die jetzige Fassung, damit klar gestellt werde, daß die Glaubhaftmachung nur das formelle Erforderniß behufs Zulassung des Antrages ist, daß aber der Nachweis der betreffenden Thatsachen noch außerdem zu führen sei. Sonach liegt nunmehr die Sache so: Stellt ein in der Minorität verbliebener Gläubiger den Antrag auf Verwerfung des angenommenen Vergleiches ohne Angabe eines Grundes oder unter Berufung auf eine der in §. 172 Ziff. 1 oder 2 aufgeführten Thatsachen, ohne für diese irgend eine Bescheinigung beizubringen, so muß der Antrag ohne weitere Prüfung einfach zurückgewiesen werden. Hat er dagegen die Thatsachen zugleich mit der Antragstellung glaubhaft gemacht, indessen nicht vollständig bewiesen, so ist es Sache des Richters, in Anwendung des §. 67 der KO. Alles zu thun, was ihm zur Erlangung voller Ueberzeugung erforderlich erscheint[31]).

---

28) Es bleibt ja dem Gemeinschuldner und seinen Freunden immer noch anheimgegeben, die Dissentienten abzufinden und den Konkurs nach §. 188 zu beendigen.

29) Vgl. oben S. 530

30) K. Prt. S. 112.

31) Aeußerung des Reg.-Rath Hagens K. Prt. S. 113.

Insbesondere wird der Konkursrichter auch von dem nach der Civilprozeßordnung ihm zustehenden Fragerecht entsprechenden Gebrauch zu machen haben. Ein förmlicher Beweisbeschluß (§. 323 der Civ.-Pr.-O.) ist indessen keinenfalls zu erlassen.

---

§. 174.

Rechtsmittel.

Die sofortige Beschwerde [a]) gegen den Beschluß, durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist [b]), steht dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger [c]) zu, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht [d]).

Die Frist zur Einlegung der Beschwerde [e]) beginnt mit der Verkündung des Beschlusses [f]).

Eine Anfechtung der Entscheidung des Beschwerdegerichts findet nicht statt [g]).

I. E. §. 182; II. E. §. 172; Pr. H. G. Art. 858; Pr. KO. §. 194; B. Pr. O. —

a. (die sofortige Beschwerde).

Vgl. hierüber oben Abth. II S. 28 ff. und meinen Aufsatz in der Busch'schen Zeitschrift für Civilprozeß Jahrgang 1878 I. Heft S. 17 ff.

b. (durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist).

In der Regel wird sich der Gemeinschuldner nur durch einen Beschluß auf Verwerfung, die Gläubiger nur durch einen solchen auf Bestätigung beschwert fühlen können. Allein das Gesetz hat sich allgemein ausgedrückt, und wenn also der Gemeinschuldner sich gegen die Bestätigung, ein Gläubiger sich gegen die Verwerfung beschweren würde, könnte jedenfalls das Rechtsmittel nicht als formell unzulässig zurückgewiesen werden; ob materiell ein Beschwerdegrund in solchem Falle formulirt werden kann, ist eine andere Frage [1]).

---

1) Bei einem Gläubiger ist sehr leicht zu denken, daß sein Interesse, durch einen Zwangsvergleich rasch zu seinem Gelde zu kommen, ihm die Verwerfung des Vorschlags beschwerend erscheinen läßt. Daß der Gemeinschuldner durch die Bestätigung beschwert zu erachten wäre, ließe sich nur etwa dann annehmen, wenn er vorbringt, der Vergleich, wie er vom Richter bestätigt wurde, sei nicht der von ihm proponirte.

c) dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Gläubiger).

Also weder dem Verwalter, noch dem Gläubigerausschuß als solchen. Der Verwalter wird jedenfalls gutachtlich gehört werden können [2]), aber nicht müssen [3]).

d. (welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht).

Hiezu gehören also diejenigen Gläubiger, welche an der Abstimmung Theil genommen haben [4]), dann solche, welche daran hätten Theil nehmen können, vergl. oben zu §. 173 lit. i. Die Beschwerde kann auch nachträglich, wenn der Gläubiger den Antrag auf Verwerfung des Vergleichsvorschlages aus einem der in §. 173 aufgeführten Gründe nicht gestellt hatte, doch auf diese Gründe gestützt werden.

e. (Die Frist zur Einlegung der Beschwerde).

Diese Frist beträgt nach §. 540 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O. zwei Wochen.

f. (beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.)

Auch wenn nur der Tenor publizirt wurde, vgl. oben S. 588.

g. (findet nicht statt.)

I. Eine zweimalige vollständige Erörterung der gesammten Sachlage — bemerken die Motive — und die Zulassung einer Entkräftung des bestätigten Zwangsvergleiches wegen Betrugs oder betrüglichen Bankerutts (vgl. die Erläut. zu §. 182 und 183) gestatten die Ausnahme, die Entscheidung des Beschwerdegerichtes unanfechtbar zu erklären. Wenn demnach das Obergericht den vom Konkursrichter bestätigten Vergleich verworfen hat, oder wenn umgekehrt der vom Konkursrichter verworfene Vergleich auf ergriffene Beschwerde bestätigt wurde, kann die nunmehr beschwerte Partei nicht die dritte Instanz angehen. Insofern also ist für diesen neuen selbstständigen Beschwerdegrund (§. 531 der Civ.-Pr.-O.) eine Oberbeschwerde ausgeschlossen [5]). Wenn aber, abgesehen von dieser

---

2) Motive zum II. E. S. 420 mit Berufung auf Rénouard.

3) Dies ergibt sich daraus, daß im I. E §. 182 Abs. 5 diese gutachtliche Vernehmung vorgeschrieben war und das Gesetz diesen Satz weggelassen hat.

4) Man könnte hinzufügen „und deren Abstimmung der Beschluß nicht entspricht", allein formell steht auch den mit „Ja" Stimmenden die Beschwerde gegen eine Bestätigung zu; ob er dem Einwande: „du bist gar nicht beschwert, denn dein Wille ist ja erfüllt" entgegensetzen kann: „ich habe meine Ansicht seither geändert" ist eine materielle Frage. Ebenso Fitting §. 48 Note 15 und v. Sarwey S. 802. A A. Hullmann S. 323, Petersen S. 475.

5) Abg Haanen wollte wenigstens dem Gemeinschuldner noch eine weitere

Entscheidung, über Bestätigung oder Verwerfung des Vergleiches der Ausspruch des Oberrichters für den einen oder den anderen Betheiligten einen neuen selbstständigen Beschwerdegrund bilden würde, so könnte meines Erachtens allerdings die dritte Instanz angegangen werden [6]).

II. Das Obergericht kann natürlich den Vergleich auch nicht „beliebig" bestätigen oder verwerfen. Es ist vielmehr ebenfalls an die §§. 172 und 173 gebunden. Wenn also z. B. der Vergleich bestätigt wurde, weil der Erstrichter die Stimmenmehrheit irrigerweise als vorhanden angenommen hat, so muß der Oberrichter der Beschwerde stattgeben. Und wenn der Vergleich verworfen wurde, weil der Schuldner inzwischen flüchtig gegangen ist, so kann der Oberrichter, soferne diese Thatsache feststeht, denselben auch nicht bestätigen.

---

§. 175.

Aufhebung des Konkursverfahrens.

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist [a]), beschließt das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens [b]). Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt [c]).

Der Beschluß und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen [d]).

Die Vorschriften der §§. 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung [e]).

I. E. — II. E. §. 175; Pr. H. E. Art. 862 Abs. 2; Pr. KO. §. 2; B. Pr.-O. Art. 1316 Abs. 4.

a. (Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist).

I. Der Vergleich ist „rechtskräftig bestätigt", wenn entweder der erstrichterliche Bestätigungsbeschluß durch Ablauf der Beschwerdefrist oder durch Inhäsivbescheid rechtskräftig geworden ist, oder wenn die zweite Instanz den Beschluß auf Verwerfung geändert hat (denn letzterer Be-

---

Instanz gewahrt sehen; stellte aber keinen Antrag auf Aenderung des Gesetzes, vgl. K. Prt. S. 113.

6) Freilich liegt dann eigentlich die beschwerende Verfügung nicht in dem Beschlusse über die Vergleichsproposition, sondern in einem neben diesem erlassenen Bescheide.

schluß ist nach dem vorigen Paragraphen sofort unanfechtbar). Ein Verzicht der im Termine anwesenden Gläubiger nützt Nichts, da ja auch die Nichtanwesenden den Bestätigungs-Bescheid anfechten können, und selbst wenn alle Gläubiger, die sich gemeldet haben, anwesend sind, kann deren übereinstimmender Verzicht auf das Rechtsmittel keinen Einfluß üben, da, wie oben (S. 569) bemerkt, auch Forderungsberechtigte, welche sich nicht gemeldet haben, vom Vergleiche betroffen werden und daher gegen den Beschluß sich beschweren können.

Der I. E. hatte in §. 182 den Satz ausgesprochen: „Das Bestätigungsurtheil darf nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden." Nach meiner Meinung ist dies schon nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht zu bezweifeln, jedenfalls aber ist durch die jetzige Fassung des §. 175 festgestellt, daß nur bei wirklich rechtskräftiger Bestätigung ein Beschluß auf Einstellung des Konkursverfahrens ergehen kann, wodurch sich eine vorläufige, das heißt vor Eintritt der Rechtskraft der Bestätigung zu bethätigende Vollstreckbarkeit des Zwangsvergleiches von selbst ausschließt.

II. Aus dem im Gesetze stehenden Worte „sobald" möchte man folgern, daß der Beschluß auf Aufhebung des Verfahrens unmittelbar nach dem Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbescheides zu erfolgen hätte. Allein dies ist nicht die Absicht des Gesetzes. Die Motive [1]) sagen: „Vor der Aufhebung sind die mit der Beendigung des Verfahrens im Zusammenhange stehenden Akte, insbesondere die Schlußrechnung des Verwalters, wenn diese nicht schon ausnahmsweise mit dem Vergleichstermine verbunden war, zu veranlassen. Auch die Vornahme der in dem Vergleiche bedungenen Sicherheitsmaßregeln gehört hieher [2]). Hieraus ergibt sich im Zusammenhalte mit §. 150 der KO., daß vor dem Aufhebungsbeschlusse noch ein Termin zur Schlußrechnungsabnahme gehalten werden muß, daß aber ausnahmsweise dieser Termin mit dem Vergleichstermine verbunden werden kann [3]). Wenn der Verwalter an diesem Ter-

---

1) Zum II. E. S. 421; im I. E. fehlte diese Bestimmung. Die Pr. KO. §. 199 verfügte in Abs. 1 die nöthigen Maßregeln und sagte in Abs. 2: „sobald diese Maßregeln getroffen sind, ist der Konkurs beendigt."

2) Die Rückgabe der mit einem Rückforderungsrecht in Anspruch genommenen Gegenstände, soweit der Anspruch feststeht (vgl. Pr KO §. 199 Abs. 1), gehört auch hieher.

3) Und zwar nicht blos so, daß der Termin am Schlusse behufs Abnahme der Schlußrechnung verlängert wird, sondern es kann die Schlußrechnung vielleicht behufs besserer Uebersicht der Sachlage sofort vor den Vergleichsverhandlungen gestellt werden. Daß die Schlußrechnung unter Umständen

mine zugleich nachweist, daß die Massegläubiger und bevorrechtigten Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind, und daß nicht besondere Maßregeln zur Sicherung der aus dem Zwangsvergleiche zu befriedigenden Ansprüche zu geschehen haben, kann der Aufhebungsbeschluß an dem Termine selbst [4]) erlassen und verkündigt werden.

III. Dagegen geht aus dem Worte „sobald" allerdings hervor, daß nach dem Willen des Gesetzes die Aufhebung des Konkursverfahrens unabwendbare und sofortige Folge des Zwangsvergleiches sein muß. Gesetzwidrig wäre daher eine Bestimmung im Vergleiche, daß das Konkursverfahren nicht beendigt sein solle, bevor die Gläubiger nach Maßgabe des Zwangsvergleiches auch wirklich befriedigt seien. Ebensowenig kann vorbehalten werden, daß im Falle der Nichteinhaltung der im Zwangsvergleiche festgesetzten Leistungen der einzelne Gläubiger vom Vergleiche zurücktreten und seine ursprüngliche Forderung wieder geltend machen dürfe. Wohl aber kann dem Vergleiche als solchen die kassatorische Klausel zugefügt werden, so daß also der ganze Vergleich als nicht geschlossen gelten und das frühere Konkursverfahren wieder aufgenommen werden soll, wenn der Schuldner seinen versprochenen Leistungen nicht nachkommt [5]).

b. (beschließt das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens).

I. Eine materielle Entscheidung liegt in diesem Beschlusse nicht mehr; denn das Gericht kann nicht nach bestätigtem Zwangsvergleich das Verfahren fortgehen lassen; die Aufhebung ist also die rechtliche Folge der Bestätigung. Allein nachdem, wie soeben zu lit. a II erörtert worden ist,

---

und wenn dies vorher bekannt gemacht ist (§. 90) auch an dem nach §. 170 Abs. 2 angesetzten Termine stattfinden kann, versteht sich von selbst.

4) Freilich nicht, wenn dieser Termin zugleich der Vergleichstermin ist, denn an diesem fehlt (vgl. oben Nr. I) die Feststellung der Rechtskraft.

5) Vgl. die oben bereits zitirten Motive S. 426. Ebenso Petersen S. 477 und v. Sarwey S. 804. Dagegen ist Fitting §. 47 Note 13 der Ansicht, jene Bemerkung der Motive habe nur den Vorbehalt im Auge, daß bei Nichterfüllung des Zwangsvergleiches die Forderung wieder in ihrem vollen ursprünglichen Betrage geltend gemacht werden könnte, nicht aber daß das Konkursverfahren wieder aufgenommen werden könne. Allein praktisch wäre damit nur ein Umweg geschaffen, der aber doch schließlich zu demselben Ziele führen würde. Denn sind die Gläubiger befugt, kraft des Vorbehaltes ihre vollen Forderungen wieder geltend zu machen, so bleibt ihnen, da der Schuldner nicht zahlt, doch Nichts übrig, als wiederum den Konkurs zu beantragen. Insoweit hat aber allerdings Fitting recht, eine Wiederaufnahme des Konkursverfahrens von Amtswegen kann nicht eintreten.

diese rechtliche Folge nicht an und für sich eintritt, sondern ihrerseits faktische Voraussetzungen hat, so liegt allerdings in dem Aufhebungsbeschlusse zugleich eine wenn auch nur formelle Entscheidung Seitens des Richters, welche daher auch mit Gründen zu versehen ist [6]).

II. Von wann an gilt der Konkurs als aufgehoben? Keinenfalls schon von der Bestätigung des Zwangsvergleiches oder von der Verkündung des Bestätigungsbeschlusses an; denn sonst hätte das Gesetz nicht einen nachfolgenden Aufhebungsbeschluß angeordnet. Aber auch nicht von der Veröffentlichung des letzteren an [7]). Ich unterscheide vielmehr, wie hinsichtlich der in §. 151 erwähnten Aufhebung des Verfahrens [8]); der Gemeinschuldner wird sofort mit der Erlassung des Beschlusses wieder dispositionsfähig; den Gläubigern und Dritten gegenüber aber können die rechtlichen Wirkungen erst dann eintreten, wenn die Zustellung vermittelst der öffentlichen Bekanntmachung nach §. 68 Abs. 3 der KO. erfolgt ist, also mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung enthaltenden Blattes [9]).

c. (Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.)

Der Einstellungsbeschluß kann im Wege der Beschwerdeführung nicht angefochten werden.

Ob der beschließende Richter selbst wegen nachträglich auftauchender Bedenken, z. B. weil er irrthümlich die Schlußrechnung für vollständig bereinigt ansah und dgl., den Beschluß zurücknehmen könne, muß aus allgemeinen Gründen verneint werden [10]).

d. (öffentlich bekannt zu machen.

Eine besondere Zustellung ist auch hinsichtlich des Gemeinschuldners nicht vorgeschrieben, doch wird derselbe, wie ich glaube, zu seiner Legitimation eine Ausfertigung verlangen können. Vgl. im Allgemeinen oben Abth. II S. 477.

e. (Die Vorschriften des §. 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung).

Der §. 103 Abs. 2 verordnet die auszugsweise Veröffentlichung im

---

6) Als Gebühr wird nach §. 51 Nr. 2 des Gerichtskostengesetzes die volle Gebühr und weitere $^{8}/_{10}$ erhoben.

7) Dies war, aber lediglich wegen des §. 199 der Pr. KO., bisher vom Berliner Obertribunal angenommen, vgl. Erk. v. 19. März 1861 in Striethorst Bd. 46 S 345.

8) Vgl. oben Abth. II S. 481 ff.

9) Siehe oben Abth. II S. 37 ff. A. A. v. Wilmowski S. 475.

10) Natürlich erst vom Zeitpunkte der Veröffentlichung an; vorher ist er zu einer Aenderung allerdings noch befugt.

Deutschen Reichsanzeiger und wurde dieses Citat erst in der Kommission beschlossen [11]). Die §§. 104 und 106 betreffen die Eintragung in öffentlichen Büchern und Registern. Vgl. hierüber oben Abth. II S. 222 und 223.

---

§. 176.

Befriedigung der Massagläubiger und der berechtigten Forderungen.

Der Verwalter hat [a]) aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen [b]). Die bestrittenen Masseansprüche [c] sind sicher zu stellen [d]).

Die bevorrechtigten Konkursforderungen [e]) sind, insoweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicher zu stellen [f]).

I. E. —; II. E. § 176; Pr. H. E. Art. 862 Abs. 1 und 860 Abs. 2; Pr. KO. §. 199 Abs. 1 und §. 147 Abs. 2; B. Pr. O. —.

a. (Der Verwalter hat).

Die Pflicht des Verwalters erstreckt sich auf alle Masseansprüche, die ihm bekannt geworden sind. Er muß dieselben bei eigener zivilrechtlicher Haftbarkeit befriedigen und setzt sich überdies wegen Verzögerung oder Versäumung seiner Pflicht disziplinärer Einschreitung aus. Hieraus ergibt sich aber, daß, bevor der Verwalter erklärt, der Konkursmasse zur Erfüllung dieser Pflicht nicht mehr zu bedürfen, der Gemeinschuldner auch nicht die Aushändigung derselben verlangen kann.

b. (die Masseansprüche zu berichtigen).

Die Massegläubiger (vgl. Abth. I S. 590 ff.) werden zwar — weil ihre Ansprüche nicht gegen den Gemeinschuldner persönlich gerichtet sind — vom Zwangsvergleiche selbst nicht betroffen, auf sie hat aber die in Folge des Zwangsvergleichs eintretende Freigebung der Masse den erheblichsten Einfluß; denn diese Freigebung macht geradezu das Objekt ihrer Ansprüche, die Masse, verschwinden. Es ist deshalb durchaus nothwendig, daß sie von Amts- und Rechtswegen vorher sicher gestellt werden. Dies geschieht durch Bezahlung beziehungsweise Befriedigung der liquiden, durch Sicherstellung der bestrittenen Ansprüche gegen die Masse.

---

11) K. Prt. S. 113.

c. (Die bestrittenen Masseansprüche).

I. Das Gesetz spricht hier nur von bestrittenen Ansprüchen; ich glaube aber, es wird dieselbe Bestimmung für betagte Forderungen an die Masse gelten, sofern nicht eine freiwillige Diskontirung stattfindet. Denn weder läßt sich die Bestimmung des §. 58 Abs. 1 („betagte Forderungen gelten als fällig") so ohne Weiteres analog anwenden, noch weniger kann ein Gläubiger gezwungen werden, sich einen Diskonto gefallen zu lassen.

II. Wie sieht es aber nun mit solchen zweiseitigen Rechtsverhältnissen, deren Erfüllung der Verwalter verlangt oder die er auch etwa neu eingegangen hat und welche zur Zeit der Bestätigung des Zwangsvergleiches noch bestehen? Z. B. die vom Gemeinschuldner gepachtete Weinrestauration wird für die Masse fortbetrieben, der Vertrag auch vom Verpächter nicht gekündigt und ist nun im Laufe; der Käufer A und die Kellner B und C haben gleichfalls ihr Dienstverhältniß mit der Masse fortgesetzt. Jetzt tritt ein Zwangsvergleich in Mitte und der Gemeinschuldner überkommt wieder die Verfügung über sein Vermögen und also damit über sein Geschäft. Geht nun das Rechtsverhältniß ohne Weiteres auf den Gemeinschuldner über oder sollen der §. 17 und der §. 19 der KO. in entsprechender Weise umgekehrt angewendet werden [1])? Die Motive [2]) sagen: „Massegläubiger können nur an den Gemeinschuldner verwiesen werden; ihre Ansprüche sind meist durch eine Handlung des Konkursverwalters und zum Besten der Konkursmasse, immer erst während und zum Zwecke des Konkursverfahrens entstanden." Diese Sätze sind nun wohl strikte für derartige Verhältnisse, wie die oben erwähnten, nicht ganz zutreffend. Der Pacht, der Dienstvertrag muß an den Gemeinschuldner gewiesen werden; es sind aber auch diese Ansprüche häufig nicht durch Handlungen des Konkursverwalters entstanden [3]), nemlich dann, wenn die Rechtsverhältnisse aus

---

1) Das heißt: Steht nunmehr dem bisherigen Gemeinschuldner die Kündigung frei (es kann ihm ja, was dem Verwalter paßte, in seinen Betrieb ganz und gar nicht taugen) oder steht dem Eigenthümer der Weinrestauration bezw. dem Käufer und Kellnern die Befugniß zu, zu sagen: „Ja, mit dem Verwalter haben wir wohl das Verhältniß fortsetzen wollen, aber mit dem Manne, der uns schon einmal so angeführt hat, da danken wir schön, mit dem wollen wir Nichts mehr zu thun haben"?

2) Zum II. E S. 421.

3) Es setzt nemlich im Grunde eigentlich der Gemeinschuldner nur jenen Vertrag fort, den er selbst seinerzeit geschlossen hatte und der nur durch die Konkurseröffnung in das Schwanken gerathen war. Doch dies ließe sich bestreiten; denn man kann argumentiren: dadurch, daß der Verwalter nicht kündigte, hat er eben die Rechtshandlung ausgeführt, aus welcher nunmehr für die Gegenkontrahenten der Anspruch folgt.

der Zeit **vor** dem Konkursverfahren datiren. Demohngeachtet läßt sich, nachdem das Gesetz besondere Bestimmungen nicht getroffen hat, auch auf solche Verhältnisse nur der Grundsatz des §. 176 anwenden. Daraus ergibt sich meines Erachtens Folgendes:

1) Die Aufhebung des Konkursverfahrens in Folge Zwangsvergleiches und die Rückgabe der Masse an den bisherigen Gemeinschuldner bewirkt keine Auflösung der mit dem Konkursverwalter nach §. 17 oder 19 der KO. fortgesetzten oder auch für die Masse neu eingegangenen Pacht-, Mieth- und Dienstverträge [4]).

2) Aber auch eine analoge Anwendung der §§. 17 und 19 der KO., so daß dem wiedereintretenden Gemeinschuldner oder den Gegenkontrahenten ein vorzeitiges Kündigungsrecht zustände, läßt sich, so wie das Gesetz lautet, nicht begründen. Wenn also z. B. der Konkursverwalter nach eröffnetem Konkurse einen Laden für das von der Masse fortbetriebene Geschäft auf fünf Jahre gemiethet hatte, und wenn sich der Direktor A verpflichtet hat, die auf Rechnung der Masse geführte Fabrik mindestens auf die Dauer von fünf Jahren nicht zu verlassen, so muß, wenn ein Akkord in Mitte tritt, sowohl der Gemeinschuldner den Laden und den Direktor fünf Jahre lang behalten, als auch anderseits der Hauseigenthümer und der Direktor für fünf Jahre gebunden bleiben.

3) Dagegen kann der Gegenkontrahent allerdings auch in solchen Fällen Sicherstellung verlangen; die Masse kann dem Gemeinschuldner nicht ausgeantwortet werden, bevor in dieser Hinsicht eine genügende Garantie dafür geboten wird, daß die Ansprüche der Gegenkontrahenten, welche nun einmal zur Zeit gegen die Masse gehen, seinerzeit erfüllt werden. Es kann dies allerdings im Wege freier Vereinbarung durch Auflösung des Verhältnisses, etwa unter Entschädigung erfolgen [5]); als Regel wird aber entweder eine persönliche Interzession eines solventen Dritten oder eine Deponirung der Miethe, des Salairs u. s. w. geboten sein.

d. (**sicher zu stellen**).

Die Sicherstellung hat in Gemäßheit des §. 101 der Civ.-Pr.-O. durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu

---

4) So wenig, wie an und für sich der Vertrag sich löst, wenn der eine Kontrahent geisteskrank wird und nun ein curator für ihn eintritt, obwohl auch hier die Person des Miethers, des Dienstherrn ꝛc. wechselt.

5) Z. B. in obigen Beispielen sagt der Gemeinschuldner: ich brauche den Laden nicht, lassen Sie mich aus der Miethe gegen 1000 Mk. Entschädigung"; oder der Direktor sagt: „ich will gehen, wenn Sie nun selbst die Fabrik wieder führen wollen, allein ich verlange eine Abfindung von 1000 Mk." u. s. w.

geschehen, welche (im Falle zwischen dem Verwalter und den Betheiligten eine Einigung nicht zu Stande kommt) nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren. Zu einem förmlichen Rechtsstreite über die Art der Sicherstellung wird ein Anlaß nicht wohl sich ergeben; dagegen ist natürlich die Bestrittenheit des Anspruches selbst im Prozeßwege zu bereinigen. Es läßt sich nun fragen: wer ist in diesem Prozeß die Gegen-Partei des Massegläubigers? Die Frage ist etwas schwierig; denn einerseits ist der Verwalter ja in Folge seiner Masseverwaltung derjenige, welcher das Geschäft geschlossen hat, aus dem der Massegläubiger seinen Anspruch ableitet; also ist er derjenige, welcher eigentlich im Stande sein wird, die Vertretung zu übernehmen und gehörig durchzuführen. Anderseits aber erscheint der Gemeinschuldner allein interessirt an der Sache; denn an ihm „geht es aus", ob die Masse durch Befriedigung des erhobenen Anspruches verringert wird oder nicht. Ich bin nun der Ansicht, daß sich die Frage in folgenden Alternativen löst:

1) Verwalter und Gemeinschuldner bestreiten einen Masseanspruch; in diesem Falle wird für denselben Sicherheit geleistet und der Verwalter führt den Rechtsstreit über dessen Bestehen durch.

2) Der Verwalter bestreitet den Anspruch, der Gemeinschuldner aber nicht. Unter dieser Voraussetzung wird der Anspruch sofort zu befriedigen sein; denn der Verwalter hat bei Aufhebung des Konkursverfahrens kein Interesse und keine Legitimation, den Gemeinschuldner zu verhindern, die ihm doch auszuhändigende Masse zu vermindern [6]).

3) Der Verwalter bestreitet den Anspruch nicht, wohl aber der Gemeinschuldner. Hier ist wieder zu unterscheiden:

A. Die Bestreitung gründet sich auf die Bekämpfung des Anspruches als solchen, seiner Höhe, seiner Modalitäten u. s. w. Dann ist die Forderung sicher zu stellen und dem Gemeinschuldner die Austragung vor Gericht zu überlassen.

B. Der Gemeinschuldner bestreitet nicht, daß eine Schuld, sondern nur daß eine Masseschuld [7]) vorliege; dann kann sein Widerspruch dem Gläubiger gegenüber keinerlei Wirkung äußern. Der Anspruch wird befriedigt und es bleibt dem Gemeinschuldner überlassen, seinen Regreß gegen den Verwalter geltend zu machen.

c. die bevorrechtigten Konkursforderungen.

Bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes muß angenommen werden,

---

6) Vorbehaltlich der Fälle, in denen etwa die Anerkennung des Anspruches persönliche Regreßansprüche gegen den Verwalter nach sich ziehen würde

7) Im weiteren Sinne als „Passivum" genommen, für das die Masse aufzukommen hat.

daß es darauf nicht ankommt, ob die bevorrechtigte Forderung zur Zeit des Zwangsvergleiches bereits angemeldet war oder nicht. Wenn dieselbe erst nachträglich dem Konkursverwalter zur Kenntniß kommt, so kann sie zwar schwerlich mehr festgestellt werden, aber ihre Glaubhaftmachung ist nicht ausgeschlossen und damit auch ihr Anrecht auf Sicherstellung.

f (insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicher zu stellen.)

Hinsichtlich der bevorrechtigten Konkursgläubiger trifft der oben angegebene Umstand, daß sie vom Zwangsvergleiche nicht betroffen werden, aber ihnen das Objekt ihrer Ansprüche, die Masse, entzogen wird, gleichfalls zu. Wenn das Gesetz demohngeachtet im Falle des Bestrittenseins nicht allgemein ihre Sicherstellung anordnet, so läßt sich dies juristisch nicht rechtfertigen, ist aber sehr praktisch; denn sonst würden frivole Anmeldungen im Stande sein, jeden Akkord unmöglich zu machen. Hinsichtlich der Art der Glaubhaftmachung bleibt es bei den allgemeinen Bestimmungen und sind die Erörterungen oben Abth. II S. 186 zu vergleichen. Ueber die Austragung der Frage, ob ein Anspruch in concreto glaubhaft sei oder nicht, vgl. die vorige Erläuterung (unter lit. c).

---

§. 177.

Freigebung der Konkursmasse.

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt [a]), erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück [b]), über die Konkursmasse frei zu verfügen.

I. E. —; II. E. § 177; Pr. H. G. Art. 862 Abs. 3; Pr. KO. §. 199 Abs. 3; B. Pr. O. Art. 1316 Abs. 4.

a. (Soweit der Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt).

In der Regel werden die Gläubiger eine gewisse Sicherstellung der ihnen zugesicherten Vergleichsleistungen beanspruchen und der Akkordant dieselben dadurch gewähren, daß er entweder Bürgen stellt oder seine Immobilien verhypothezirt oder auch Werthpapiere und dergleichen deponirt. Seltener wird er einer anderartigen Controle unterworfen bleiben; doch ist es denkbar, daß seine Geschäftsführung einer gewissen Aufsicht durch den bisherigen Verwalter oder Gläubigerausschuß unterstellt wird. In diesem Falle aber ist der Verwalter nicht mehr als Konkursverwalter, der Gläubigerausschuß nicht mehr als solcher thätig. Die Bestimmungen der KO. (in Buch 2 Titel 1) finden daher auf die Stellung solcher Ueberwachungspersonen keine unmittelbare Anwendung. Denn — wie die Motive bemerken — die Erfüllung bildet nicht einen Theil des Konkurs-

verfahrens und dieses darf nicht erst nach der vollständigen Erfüllung des Vergleiches aufgehoben werden. Vgl. auch oben S. 601 Nr. II.

b. (Das Recht zurück).

Es wird hiezu kein eigenes Dekret erfordert, welches den Gemeinschuldner für wiederum dispositionsfähig erklärt, sondern dieß tritt ipso jure durch den Aufhebungsbeschluß ein. Dieser Beschluß dient demnach als Legitimation hiefür.

---

§. 178.

Wirkung des Zwangsvergleichs im Allgemeinen.

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich [a]) ist wirksam [b]) für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger [c]), auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht Theil genommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben [d]). Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt [e]).

I. E. §. 183; Abs. 1 u. 2; II. E. §. 178; Pr H. E. Art. 860 Abs. 1; Pr. KO. §. 197 Abs. 1; B. Pr. O. —.

a. (Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich).

Wenn das Gesetz die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches abhängig macht von der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses, so soll damit nicht gesagt sein, daß vorher der Vergleich völlig unwirksam sei und etwa beliebig von dem Gemeinschuldner einerseits und von den Gläubigern anderseits zurückgenommen werden könnte. In dieser Richtung besteht vielmehr immerhin schon vor der Bestätigung eine gewisse Wirksamkeit, worüber oben Abth. II S. 538 u. 539 zu vergleichen ist.

b. (ist wirksam).

Die Pr. KO. enthielt in §. 197 den allgemeinen Satz: „Der Akkord gilt als Vergleich zwischen dem Gemeinschuldner und allen Konkursgläubigern.“ Diesen Satz aber hat unser Gesetz nicht adoptirt. Wie die Motive (zum I. E. Bd. 2 S. 167) auf Grund von Erkenntnissen des Berliner Obertribunals v. 7. Juni 1850 und 20. April 1874 [1]) und eines Urtheiles des Reichsoberhandelsgerichtes vom 3. Dezember 1872 [2]) ausführen, ist derselbe weder thatsächlich noch rechtlich zutreffend. „Der Ak-

---

1) Striethorst, Archiv Bd. 33 S. 295 und Bd. 91 S. 220.

2) Sammlung Bd. VIII S. 144.

kord berührt nicht die innere Beschaffenheit der einzelnen Konkursforderungen, noch ist er auf deren Feststellung von Einfluß; er enthält für sie kein Anerkenntniß, keinen neuen und keinen anderen Rechtsgrund; er ist weder ein Vergleich über die einzelne Forderung, noch hat er für sie die Wirkung einer Novation." Es bleibt also die ursprüngliche Forderung vollkommen bestehen; die Wirkung des Zwangsvergleiches ist nur die, daß in Folge derselben der Gläubiger nur mehr dasjenige zu begehren befugt ist, was im Zwangsvergleiche stipulirt wird, und das Mehr, welches er vermöge seines ursprünglichen Rechtes zu begehren hätte, nicht mehr zu fordern befugt ist.

Die wichtigen Folgen dieser Auffassung zeigen sich besonders darin, daß bei späterer Aufhebung des Akkordes nur der Erlaß hinfällig wird, nicht aber ein „Wiederaufleben" der früheren Forderung einzutreten braucht, daß alle accessorischen Verbindlichkeiten vom Zwangsvergleiche unberührt bleiben, daß eine Klage aus dem Zwangsvergleiche als solchem nicht gegeben ist, und Aehnliches.

c. (für und gegen alle nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger).

I. Zwei Hauptprinzipien spricht der §. 178 aus: einmal, daß die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches nicht von der Theilnahme an der Abstimmung über den Vergleich abhängt (worüber zu vergleichen die Erläuterung unter lit. d), und dann, daß von der rechtskräftigen Bestätigung eines Zwangsvergleiches an nur mehr dessen Inhalt für den Umfang des Anspruches des Gläubigers an die Gemeinschuldner [3]) maßgebend ist [4]). Der Inhalt des Zwangsvergleiches aber ist die Aufhebung des Konkursverfahrens und Freigabe der Konkursmasse gegen gewisse im Vergleiche bestimmte Leistungen. Diese Leistungen können ein für allemal in ihrem Umfange festgesetzt sein, es können aber auch nur einstweilige Abfindungen, vorbehaltlich vollständiger Nachzahlung im Falle besseren Glückes, stipulirt werden. Diese letztere Stipulation ist aber keine stillschweigend vom Gesetz jedem Zwangsvergleich unterlegte; die Nachzahlung muß ebenso im Akkord ausdrücklich vorbehalten werden, wie dies bei einem anderen Vergleiche nöthig ist. An und für sich folgt aus dem Zwangsvergleiche immer nur die Pflicht zur Leistung dessen, was im Zwangsvergleiche vom

---

3) Der Grund des Anspruches und dessen rechtliche Beschaffenheit wird, wie oben bemerkt, vom Inhalte des Zwangsvergleiches nicht berührt.

4) Dies bedeuten die Wote: „für und gegen"; ich glaube nicht, daß dieselben mißzuverstehen sind, obwohl der §. 198 der Pr. KO. deutlicher gewesen wäre.

Gemeinschuldner versprochen wird: „der Akkord befreit den Gemeinschuldner von der Verpflichtung, den Ausfall zu ersetzen, welchen die Gläubiger durch den Konkurs und den Akkord erleiden, insoweit nicht das Gegentheil in dem Akkorde festgesetzt wird [5])". Und zwar besteht diese Befreiung auch solchen Gläubigern gegenüber, welche den Vergleich nicht angenommen haben, sondern zum Beitritte gezwungen worden sind [6]).

Es läßt sich fragen: ist diese Befreiung eine vollständige oder besteht wenigstens noch eine moralische Pflicht (eine Art von naturalis obligatio) für den Gemeinschuldner [7]), den Gläubigern ihren Verlust zu ersetzen, wenn er hiezu durch spätere Umstände befähigt wird? Ein Erkenntniß des ROH.-Gerichtes vom 20. Dezember 1872 [8]) bejaht diese Frage (nach der gleichlautenden Pr. KO.) vor Allem auf Grund der Motive zur Pr. KO. [9]), dann aber auch aus dem allgemeinen Grunde, daß das Gesetz, wenn auch den Gläubigern aus Zweckmäßigkeits-Ursachen und mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl hinsichtlich der durch den Akkord nicht gedeckten Ausfälle der regelmäßige Rechtsschutz der Klagbarkeit entzogen werde, doch diese ihre Restansprüche aus vollgültigen rechtlichen Verbindlichkeiten nicht einfach als erloschen erklären könne, und also die moralische Verbindlichkeit für den Gemeinschuldner, im Falle des Vermögens seine Schulden zu bezahlen, immerhin aufrecht bleibe". Ich trete dieser Ansicht um so mehr bei, als diese Nachzahlung in kaufmännischen Kreisen immer als Anstandspflicht anerkannt wurde, und der Akkordant, der später zahlen kann und es nicht thut, ganz allgemein in der Kaufmannswelt als bemakelt erachtet wird. Allein natürlich denke ich hier nur an eine rein sittliche Verpflichtung [10]), nicht an eine naturalis obligatio im gemeinrechtlichen Sinne, so daß z. B. meiner Ansicht nach der Gläubiger damit gegen den früheren Gemeinschuldner nicht zu kompensiren befugt ist, daß

5) Dies war der Inhalt des §. 198 Abs. 1 der Pr. KO., welcher nur deshalb aus dem Gesetze wegblieb, „weil er sich von selbst ergebe." (Motive zum II. E. S. 422 oben.)

6) Nach älterem Bayerischen Rechte (§. 70 der Nov. v. 1837) waren nur diejenigen von dem Rechte der Nachforderung ausgeschlossen, welche ohne Vorbehalt dem Akkorde zugestimmt hatten.

7) Die Frage ist eigentlich eine müßige, denn ein anständiger Schuldner zahlt jedenfalls nach, ein unanständiger aber wird sich auch über die „sittliche Pflicht" hinwegsetzen.

8) Sammlung Bd. VIII S. 279.

9) Motive zu § 192 (S. 111 der Kammer-Ausgabe) und zu §. 312 (S. 132).

10) Fitting § 49 Note 2 bedient sich desselben Ausdruckes, scheint aber denselben mit naturalis obligatio zu identifiziren.

derselbe, wenn ihm der Schuldner später irrthümlich Etwas zahlt, der condictio indebiti unterliegt u. s. w. [11]).

II. Der Absonderungsberechtigte wird von dem Zwangsvergleiche nur insoweit betroffen, als er Konkursgläubiger ist, also insoweit er seinen Ausfall liquidirt. In dieser Richtung aber steht er auch vollkommen unter der Wirkung des Zwangsvergleiches. Gesetzt A hat von B 1000 Mk. für gelieferte Waaren zu fordern und dafür einen Brillantring als Faustpfand in Händen. Die Schätzung dieses Ringes ergibt 500 Mk., so daß A im Konkurse des B 500 Mk. als persönlicher Gläubiger liquidirt. Es wird ein Zwangsvergleich auf 50% geschlossen, A demnach mit 250 Mk. bezahlt. Nun verkauft er den Ring und erhält dafür nicht 500 Mk., sondern 800 Mk. Obwohl er nun mit 750 Mk. noch ungedeckt ist, darf er doch aus dem Erlös nicht hiefür, sondern nur für 500 Mk. sich bezahlt machen. Ebensowenig wird er umgekehrt, wenn er sein Pfand schon vorher verkauft und aus demselben 750 Mk. erlangt hat, zum Zwangsvergleiche mit den vollen 1000 Mk. an der Quote von 50% betheiligt, selbst nicht mit 500 Mk. (obwohl er diese ursprünglich angemeldet hatte), sondern nur mit dem wirklichen Ausfalle von 250 Mk., so daß er im Ganzen 750+125 Mk. = 875 Mk. erhält [12]).

Während nun aber die Anmeldung des Absonderungsberechtigten an und für sich nur als Anmeldung der Ausfallsforderung anzusehen ist [13]), so liegt darin, daß er die Akkordrate für den vollen Betrag seiner Forderung in Empfang nimmt, ohne irgend einen Vorbehalt zu machen, ein Verzicht auf sein Realrecht, und es wird die ganze Forderung getilgt, so daß er nachträglich sein Pfandrecht nicht mehr geltend machen kann [14]).

Wenn schon der Zwangsvergleich die Forderungen derjenigen Gläu-

---

11) Anderer Ansicht Hullmann S. 326, Petersen S. 480, v. Sarwey S. 808 (welcher sich auf das 1872 ergangene Erk. des ROHG. [Entsch. Bd. VIII S. 279] beruft), Stieglitz S. 651 Note a, v. Wilmowski S. 477. Ich kann nur soweit diesen beistimmen, daß der frühere Gemeinschuldner freiwillig nachzahlen kann (in welchem Falle natürlich die condictio indebiti nicht stattfindet), daß er rechtsverbindlich nachher Verträge über Anerkennung und Befriedigung solcher ausgefallener Beträge schließen könne (wenn hierin nicht eine Umgehung des §. 168 liegt) und Aehnliches.

12) Ausgeführt in dem Erk. des RG. vom 25. Oktober 1881 (Blum, Annalen Bd. IV. S. 424).

13) Erk. des ROHG. vom 8. Oktober 1878 Bd. XXIV S. 216.

14) Erk. des RG. v. 20. Dezember 1879 (Entscheid Bd. I S. 183 ff.). Vgl. auch das Erk. des RG. v 21. Januar 1882 (Entscheid. Bd. VI S. 66).

biger in ihrem Wesen nicht berührt, welche dabei betheiligt waren, so muß dies um so mehr für jene Gläubiger der Fall sein, welche ihre Forderungen im Konkurse gar nicht angemeldet hatten. Dieselben können also nach Aufhebung des Konkursverfahrens ihre Ansprüche in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit gegen den früheren Gemeinschuldner geltend machen, nur müssen sie hinsichtlich der Befriedigungsquote und Befriedigungsweise den Beschränkungen sich unterwerfen, welche der Zwangsvergleich allen Gläubigern auferlegt. Weiter zu gehen und dem bisher gar nicht angemeldeten Gläubiger aufzulegen, seine Forderung so geltend zu machen, wie er sie im Konkursverfahren hätte geltend machen müssen, also insbesondere unter Beobachtung der Vorschriften der §§. 58, 62 und 63 der KO., dafür finde ich keine gesetzliche Bestimmung und keine inneren Gründe [15]).

d. (nicht Theil genommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben).

Daß auch solche Gläubiger an den Vergleich gebunden sind, welche an der Beschlußfassung Theil, aber den Vergleich freiwillig nicht angenommen haben, ist eben die Bedeutung des Zwangs-Vergleiches. Was aber sogar den Widerstrebenden trifft, muß um so mehr denjenigen treffen, welcher den Vergleichsverhandlungen oder gar dem Konkursverfahren selbst theilnahmslos gegenüber stand. Wenn der Akkord einen Werth haben, wenn er das Konkursverfahren wirklich endigen soll, so muß er alle Konkursgläubiger binden. Die einzige Grenze seiner Wirksamkeit ist also der Begriff „Konkursgläubiger"; wer nach den zu §. 2 gegebenen Erläuterungen [16]) im Konkurse sich nicht zu betheiligen braucht, der natürlich braucht sich auch nicht dem Zwangsvergleiche zu unterwerfen. Wenn z. B. die sämmtlichen Verpflichtungen des Gemeinschuldners im Akkorde auf die Hälfte reduzirt sind, so ist er doch deshalb nicht berechtigt, dem B, welcher ihm die beiden Bände von Busch's „Graf Bismarck und seine

---

15) Stieglitz (S. 651) leitet die oben verneinte Folge ab „aus den Grundsätzen der Gleichheit und Allgemeinheit, auf welchen der Zwangsvergleich beruht". Fitting und v. Wilmowski stimmen ihm bei. Wenn aber das Erk. des OHG. v. 5. November 1878 (Bd. XXIV S. 140) als Beweis für diesen Satz aufgeführt wird, welches im Falle eine Wechselforderung von verschiedenen Betheiligten, vom Inhaber als unbedingte, von den Regreßpflichtigen als bedingte angemeldet ist, durch Zahlung der Akkordante an den Inhaber die ganze Wechselforderung als getilgt und die Anmeldungen der bedingt Berechtigten als erledigt erklärt, so muß erinnert werden, daß hier doch ein anderes Verhältniß vorliegt.

16) Vgl. oben Abth. I S. 99 ff.

Leute" geliehen hatte, nur mehr einen Band zurückzugeben, den anderen aber zu behalten.

Eine Schwierigkeit bieten in dieser Hinsicht die in §. 56 der KO. bezeichneten Forderungen. Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 26. Februar 1861 [17]) nahm an, daß der Fiskus eine Geldstrafe, zu welcher der Gemeinschuldner (vor dem Ausbruche des Konkurses) verurtheilt war, ohngeachtet des Akkordes gegen denselben im vollen Betrage einklagen könne. Ich vermag nicht dieser Ansicht mich anzuschließen; es wäre meines Erachtens die absolute Unbilligkeit, wenn derjenige, welcher dem Gemeinschuldner baare 1000 Mark geliehen hat, in Folge des Zwangsvergleiches, der ohne ihn oder sogar gegen seinen Willen geschlossen wurde, nur mehr 500 Mark fordern dürfte, derjenige aber, dem der Gemeinschuldner 1000 Mk. geschenkt hatte, nach der in Folge des Zwangsvergleichs geschehenen Aufhebung des Konkursverfahrens seine vollen 1000 Mark einklagen könnte. Nach der bereits früher erörterten Anschauung [18]) müssen auch diejenigen Personen, welche Forderungen der in §. 56 bezeichneten Art haben, als Konkursgläubiger angesehen werden, wenn sie auch vom Konkurse ausgeschlossen sind [19]). Sie sind daher vom Zwangsvergleiche gleichfalls betroffen, das heißt, dieselben können nach abgeschlossenem Zwangsvergleiche auch nur die Quote begehren [20]).

Auf solche Gläubiger, welchen eine zur Aufrechnung geeignete Forderung gegenübersteht, erstreckt sich die Wirkung des Zwangsvergleiches nicht. Denn da in §. 46 einem derartigen Gläubiger gestattet ist, sich in den Konkurs nicht einzulassen, so tritt er im Prinzipe aus der Reihe der „Konkursgläubiger" heraus. Hiebei kann es natürlich keinen Unterschied machen,

---

17) Strietho rst, Archiv Bd. 40 S. 308.

18) Abth. I S. 111 und 186, dann 647.

19) Ebenso Petersen S. 481; v. Sarwey S. 809; A. A. Fitting §. 49 Note 1; Stieglitz S. 652; v. Wilmowski S. 479.

20) Am deutlichsten ergibt sich diese Konsequenz, wenn man eine Forderung nach §. 56 Ziff. 1 in das Auge faßt. Gesetzt A hat im Konkurse des B, welcher am 1. Juli 1880 eröffnet wurde, ein 5% Darlehen von 1000 Mk. zu fordern nebst 25 Mark als den seit 1. Januar 1880 rückständigen Zinsen. Am 1. September 1880 wird ein Akkord geschlossen und bestätigt, wonach der Schwiegervater des B sofort 25% baar bezahlt und Garantie leistet, daß er am 1. Juli 1881 weitere 25% entrichten werde. Soll nun A, nachdem er seine 500 Mark am Kapital und seine $12^1/_2$ Mk. an den rückständigen Zinsen erhalten hat, berechtigt sein, noch die seit der Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen zu fordern, und wie lange sollen diese fortdauern, etwa in infinitum für die nachgelassenen 50%?

ob er die Aufrechnung bereits vor Bestätigung des Zwangsvergleiches geltend gemacht hat oder nicht [21]).

c. (die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt).

I. Die Grundsätze über die Wirkung der Nachlaßverträge gegen Solidar- und Correalschuldner und in Bezug auf Bürgen sind sehr controvers [22]). Bald wird die unveränderte Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen behauptet, bald wird dessen Befreiung von dem erlassenen Theil unbedingt bejaht, bald hält man den Bürgen nur dann für befreit, wenn der Gläubiger in den Akkord ausdrücklich eingewilligt hat, bald schon, wenn der Gläubiger auch nur stillschweigend eingewilligt, wenn er nicht ausdrücklich dem Akkorde widersprochen und nicht mit Uebergehung des Gemeinschuldners sich ausdrücklich an den Bürgen gehalten hat.

Nachdem das gegenwärtige Gesetz, wie bereits oben erörtert ist, den Akkord ohngeachtet seiner Bezeichnung als „Zwangsvergleich", nicht als Vergleich im rechtlichen Sinne auffaßt und ihm die Folgen eines Vergleiches auch nicht beilegt, ergibt sich von selbst, daß nur die zuerst aufgeführte Anschauung, die des unveränderten Fortbestandes der accessorischen Verpflichtung, für die Zukunft maßgebend sein kann [23]). Sonach bleiben die Rechte des Gläubigers gegen Bürgen und Mitschuldner nicht blos in Betreff der im Akkorde festgesetzten Quote aufrecht, sondern der Bürge und Mitschuldner haftet dem Gläubiger für die ganze ursprüng-

---

21) Das Berliner Obertribunal (Striethorst Bd. 91 S. 220) hat die Frage behandelt, ob die Kollation nur auf die Akkordrate oder auf die ganze Forderung sich erstreckt, welche in Folge einer Intervention des Erblassers durch Zwangsvergleich getilgt ist und den Gemeinschuldner nur bezüglich des vom Erblasser wirklich Geleisteten zur Einwerfung verpflichtet erklärt.

22) Die Kontroverse betrifft allerdings im Gemeinen Rechte besonders die Frage, ob der Erlaß Seitens eines Sammtgläubigers den Schuldner vollständig befreien könne. Hier scheinen sich zwei Pandektenstellen (fr. 27 pr. D. de pactis (2, 14) und fr. 93 pr. D. de solut. (46, 3) diametral entgegenzustehen und es ist schon ebenso viel „Arbeit des Schweißes der Edeln werth" an Auflösung dieser Antinomie verwendet worden als an Erklärung des fr 58 D. mandat. (71, 1). In überraschender Einfachheit erklärt Schultze a. a. O S. 124 die letztere, da nach seiner Aufstellung von der Natur des „Zwangsvergleiches" eine Schwierigkeit gar nicht besteht.

23) Ueberdies sprechen hiefür praktische Gründe, welche in den Motiven (zum II. E. S. 423) sehr ausführlich entwickelt sind, die ich aber übergehe, weil ihre Kenntniß zur Anwendung des Gesetzes nicht nöthig sein dürfte.

liche Forderung und ganz in der Weise wie er ursprünglich gehaftet hat[24]; der dem Gemeinschuldner gewährte Erlaß hat für den Bürgen und Mitschuldner keine Wirkung[25]).

Hinsichtlich des Verhältnisses der obigen Bestimmung zum bisherigen Rechte ist nun zu bemerken:

1) denjenigen in den verschiedenen Civilrechten bestehenden Vorschriften, wonach den Stundungsverträgen, dem Akkorde, dem erzwungenen Nachlaß u. s. w. die Wirkung beigelegt ist, daß diese immer, oder unter gewissen Voraussetzungen, oder zu gewissen Theilen auch gegen Bürgen und Mitschuldner wirken, ist derogirt, und zwar mögen diese Vorschriften in Konkursgesetzen oder im allgemeinen Civilrechte (z. B. bei der Lehre von der Bürgschaft oder den Solidar- und Correalobligationen) vorkommen.

2) Aber auch wenn im Civilrechte die allgemeine Bestimmung enthalten ist, daß sich ein Bürge auf einen dem Hauptschuldner oder jeder Mitschuldner auf einen dem andern Mitschuldner vom Gläubiger gewährten Nachlaß berufen könne, ist diese Bestimmung doch in Folge der singulären Vorschrift in §. 178 auf den durch einen Zwangsvergleich gewährten Nachlaß nicht anwendbar.

3) Dagegen wenn das bürgerliche Recht die Ausklagung des Bürgen oder Mitschuldners davon abhängig macht, daß vorher der Hauptschuldner ausgeklagt ist, so kann die Qote, auf welche der Zwangsvergleich lautet, allerdings vom Bürgen und Mitschuldner nicht gefordert werden, bis sich herausstellt, daß der Zwangsvergleich nicht erfüllt wird. Die nachgelassene Quote aber kann in solchem Falle sofort vom Bürgen oder Mitschuldner eingeklagt werden.

II. Die Frage, wieweit der Bürge oder Mitschuldner seinen Regreß gegen den Akkordanten geltend machen kann, ist eine andere. Auf diesen Regreß hat der Akkord allerdings einen Einfluß und zwar einen doppelten; einmal wirkt der gezwungene Nachlaß selbstverständlich auch gegen

---

24) Also natürlich auch, soweit dies für ihn günstig erscheint; z. B. wenn die Schuld eine betagte war, so kann der Mitschuldner erst nach Eintritt des dies belangt werden, obwohl der Akkord die vom Gemeinschuldner zu leistende Quote als sofort fällig erklärt hat u. s. w.

25) Nach den Erkenntnissen des Berliner Obertribunals vom 23. Sept. 1858 (Striethorst Bd. 29 S. 343), v. 26. Okt. 1858 (Striethorst Bd. 29 S. 365) und 12. Oktober 1858 [Striethorst Bd. 30 S 315) kann eben deshalb der Akkordant weder die Rückgabe des Wechsels, noch die Streichung des Acceptes bei Zahlung der Akkordsumme verlangen.

Bürgen und Mitschuldner, das heißt die Regreßforderung mindert sich ebenso wie alle anderen auf die im Akkorde stipulirte Quote [26]). Anderseits aber purifizirt der Akkord hinsichtlich der nachgelassenen Quote die vorerst als bedingt erscheinende Regreßforderung, soweit dieser Betrag reicht. Gesetzt, der Bürge A, welcher dem B für die vom Gemeinschuldner C eingegangene Schuld von 1000 Mark gutgestanden ist, hat für den Fall er zahlen müsse, im Konkurse des C die 1000 Mark angemeldet; im Zwangsvergleiche ist auf 60 % akkordirt worden; folglich kann auch A niemals Mehr als 60 % seiner eventuellen Forderung gegen C erhalten. B, der Prinzipalgläubiger, zieht seine 60 %, das heißt 600 Mark ein, und seinen Ausfall von 400 Mark holt er vom Bürgen A. Hiedurch purifizirt sich die suspensiv bedingte Konkurs-Forderung des A mit 1000 Mark auf 400 Mark, wovon er im Akkorde 60 % also 240 Mark zieht [27]).

§. 179.

Wirkungen des Zwangsvergleichs für den Konkursgläubiger.

Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich [a]) findet für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt [b]) und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind [c]), gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung

26) Ein Erkenntniß des ROHG. (Entscheidungen Bd. IX S. 43) vom 11. Februar 1873 will sogar dem Bürgen jeden Regreß gegen den Akkordanten absprechen; allein der hiefür angeführte allgemeine Grund, „daß hiedurch der Zweck des Akkordes, welcher neben der baldigen Beendigung des Konkurses auch die thunlichste Wiederaufrichtung des Gemeinschuldners ermöglichen solle, vereitelt würde", ist nicht schlagend und der weitere Grund: „der Gemeinschuldner wäre nicht von dem die Akkordratensumme übersteigenden Betrag seiner Schuld, also nicht vom Ausfalle, sondern nur vom Prinzipalgläubiger befreit", spricht nicht gegen einen Regreß, der auf die Akkordquote beschränkt wird.

27) Allerdings wird hiedurch materiell für die 1000 Mark nicht blos 60 %, sondern effektiv 480 Mark, also 84 % von dem Gemeinschuldner erholt und das ist eine gewisse Ungleichheit; allein deshalb den Bürgen, wie das in voriger Note citirte Erkenntniß thut, ganz abzuweisen, dazu fehlt denn doch der gesetzliche Grund.

neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben[d]), die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§. 662—701 der Civilprozeßordnung und des §. 152 Abs. 3 dieses Gesetzes statt[e]).

I. E. §. 183 Abs. 3; II. E. §. 179; Pr. H. E. Art. 864; Pr. KO. §. 201; B. Pr. O. —.

a. (Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche). Es ist beim vorigen Paragraphen bereits dargelegt, daß der Zwangsvergleich als solcher die Forderungen und Verpflichtungen in ihrem inneren Wesen unberührt läßt. Der Akkord gilt nicht als Vergleich und kann daher die nach §. 702 Ziff. 1 und 2 der CPO. den Vergleichen gewährte Vollstreckbarkeit nicht für sich in Anspruch nehmen. Folge davon ist, daß ein Gläubiger nicht auf Grund eines vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschlages und der hiezu von ihm (und den übrigen Gläubigern oder der Mehrheit derselben) ertheilten Zustimmung an sich die Vollstreckbarkeit seiner Forderung begehren kann. Indessen wird man doch unterscheiden müssen, wie der formale Inhalt des Vergleiches ist. Gesetzt, der Gemeinschuldner proponirt: „Ich will sämmtlichen Personen, denen ich schuldig bin, 50 % ihrer Forderungen bezahlen", so wird Niemand daraus eine Verpflichtung folgern, daß derselbe nun dem A, der behauptet, er habe dem Gemeinschuldner 1000 Mark geliehen, was dieser aber als unwahr bestreitet, 500 Mark zu zahlen verpflichtet sei. Wenn aber der Gemeinschuldner erklärt: „Ich will dem A für die von ihm angemeldeten 1000 Mk., dem B für die durch Advokaten C liquidirten 5000 Mark u. s. w. 50 % in einem halben Jahre vergüten", so hat die von den Gläubigern angenommene Proposition allerdings eine rechtliche Wirkung auch hinsichtlich der Geltendmachung der Forderungen. Allein der Vollstreckungstitel liegt auch hier nicht „in der Bestätigung des Zwangsvergleiches", sondern in der Anerkennung der Schuld Seitens des Schuldners. Der Zwangsvergleich sagt nur: die Gläubiger dürfen jedenfalls nicht Mehr begehren, wie 50 Prozent, die anderen 50 % müssen sie nachlassen". Daraus aber, daß ich 100 % nicht fordern darf, geht noch nicht hervor, daß ich wenigstens 50 % zu verlangen berechtigt bin.

b. (deren Forderungen festgestellt und nicht vom Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine widersprochen sind).

Der §. 179 nennt als Voraussetzung die Feststellung und die Unterlassung eines Widerspruchs Seitens des Gemeinschuldners. Während aber

bezüglich dieses letzteren als Zeitpunkt der Prüfungstermin ausdrücklich bezeichnet wird, so daß also ein Widerspruch des Gemeinschuldners nach Ablauf des Prüfungstermines ohne Wirkung bleibt, fehlt in der gegenwärtigen Fassung (vgl. unten Note 5) hinsichtlich der Feststellung eine Zeitgränze.

Das Gesetz macht die Zwangsvollstreckung nicht davon abhängig, daß die Forderung des betreffenden Konkursgläubigers vor dem Abschlusse oder der Bestätigung des Zwangsvergleichs festgestellt worden sei. Da auch die streitig gebliebenen Forderungen vom Akkorde betroffen werden, sonach den in demselben ausgesprochenen Erlaß gegen sich wirken lassen müssen, erfordert es die Rechtsgleichheit, daß sie auch für sich die Akkord-Stipulationen in Anspruch nehmen dürfen; aber natürlich immer die nachträgliche Feststellung vorausgesetzt. Also z. B. gesetzt, in dem am 1. Juli verhandelten Akkorde des Gemeinschuldners A sind unter Verbürgung des Onkels B den Gläubigern 50 % zahlbar nach Ablauf von 4 Wochen von bestätigtem Akkorde an zugesichert. Dieser Zwangsvergleich erhält auf ergriffene Beschwerde die richterliche Bestätigung am 15. August. Der Gläubiger C hat einen Wechsel von 1000 Mark angemeldet, gegen den kein Widerspruch erhoben wurde; der Gläubiger D hat 2000 Mark Darlehen liquidirt, von welchen der Verwalter und der Gemeinschuldner die Hälfte als bezahlt behaupten, eine Behauptung, die im Feststellungsprozesse mit Urtheil vom 1. August zurückgewiesen wurde, so daß die Forderung im liquidirten Betrage festgestellt ist; Gläubiger E meldet 4000 Mark Kaufschillingsrest an, welcher gleichfalls streitig bleibt, und Gläubiger F, welcher 500 Mark zu beanspruchen hat, nimmt am Konkursverfahren nicht Theil. An und für sich kann in diesem Falle nur Gläubiger C sofort gegen A und B mit Zwangsvollstreckung vorgehen; der Gläubiger D kann auf Grund seines Feststellungsurtheils die Tabelle berichtigen lassen [1]) und dann wird ihm ebenfalls die Zwangsvollstreckung gegen A und B nicht versagt werden können. Dagegen können E und F nicht aus den konkursrechtlichen Titeln gegen den früheren Gemeinschuldner und den Vergleichsbürgen exequiren; sie müssen ihre Ansprüche im Klagewege [2]) austragen und erst wenn sie prozeßordnungsgemäß die Vollstreckbarkeit erlangt haben, steht ihnen die Zwangsvollstreckung zu. Aber

---

1) Vgl. §. 134 Abs. 7 der KO. Daß diese Berichtigung ohngeachtet des Vergleichstermines, solange das Konkursverfahren nicht aufgehoben ist, stattfinden könne, wird nicht zu bezweifeln sein.

2) Nach Beendigung des Konkursverfahrens findet, wie ich glaube, ein Feststellungsverfahren nach §. 131 der KO. nicht mehr statt.

dann, meines Erachtens, auch gegen den Vergleichsbürgen. Hiegegen scheinen die Motive zu sprechen [3]; denn diese sagen (zum II. E. S. 424 unten), es können vollstreckbar gegen den Bürgen erklärt werden „nur diejenigen Forderungen, deren Vollstreckbarkeit bis zum Abschlusse des Vergleichs erlangt worden ist“ [4]). Allein indem die Motive weiter (S. 425) sagen: „für die Forderungen, die nicht bis zur Abstimmung über den Vergleich den Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner erlangt haben, ist ein besonderer Titel gegen den Mitschuldner nach Maßgabe der Prozeßordnung zu erzielen“, geben dieselben zu erkennen, daß sie nicht die Haftung der Bürgen für dieselben überhaupt, sondern nur die *sofortige* Vollstreckbarkeit der beim Vergleichsabschlusse noch nicht festgestellten Forderungen gegen den Bürgen ausgeschlossen erachten. Dies muß allerdings zugegeben werden, es unterscheidet sich aber auch hier nicht die Stellung des Akkordanten und seines Bürgen; auch gegen ersteren findet die sofortige Vollstreckbarkeit nicht statt, soferne die Forderung nicht schon festgestellt ist und der Eintrag in die Tabelle erfolgt war. Da nun die letztere nach aufgehobenem Konkursverfahren nicht mehr erfolgen kann, so ergibt sich von selbst, daß später ein förmliches vollstreckbares Urtheil erholt werden muß [5]). Hieraus folgt: der Vergleichsbürge haftet (soferne er nicht seine Bürgschaft ausdrücklich auf die

---

3) Mit mir *Fitting* S. 374 Note 8. Dagegen sprechen sich *Hullmann* S. 329, *Petersen* S. 463, v. *Sarwey* S. 814, *Stieglitz* S. 655 ff., v. *Wilmowski* S. 481, *Wengler* S. 633 gegen eine Haftung des Bürgen aus.

4) Hienach wäre auch die zwischen dem Vergleichstermine und der Akkordbestätigung festgestellte Forderung des D ausgeschlossen.

5) Die Motive erscheinen nur deshalb undeutlich, weil der I. E. in seiner Fassung geändert wurde. Der §. 183 Abs. 3 des I. E beschränkte nämlich mit Recht die Zwangsvollstreckung aus dem *Vergleiche* auf den Bürgen und hob hiebei den Vergleichs*abschluß* als den Moment hervor, an welchem die Forderung festgestellt sein müsse, wenn für solche aus dem Vergleiche die Vollstreckung zulässig sein solle. Der II. E. und das Gesetz aber ziehen nun den Gemeinschuldner selbst herein; gegen diesen findet aber die Zwangsvollstreckung nicht aus „dem *bestätigten Vergleiche*“, sondern aus der *Feststellung in der Tabelle* statt, denn der Vergleich novirt ja nicht. Da nun überdies im Gesetze die Worte „bis zum Abschlusse“ weggelassen sind, dürfen sie nach meinem Erachten auch nicht hineininterpretirt werden. Die Gränze für die Feststellung in der Tabelle bleibt nur die Zeit, nach welcher eine solche nicht mehr stattfinden kann, nämlich die Aufhebung des Verfahrens.

bisher angemeldete Forderung oder auf die dem Vergleiche Zustimmenden u. s. w. einschränkt) allen Forderungsberechtigten [6]); ist die Forderung beim Abschlusse des Vergleichs bereits festgestellt oder wird sie bis zur Aufhebung des Konkursverfahrens noch festgestellt, so findet gegen den Bürgen ebenso wie gegen den Gemeinschuldner die Zwangsvollstreckung statt; nach Aufhebung des Konkursverfahrens muß sowohl gegen den Bürgen wie gegen den Gemeinschuldner ein vollstreckbarer Titel erst im Prozeßwege erlangt werden. Ein Urtheil ist hiezu gerade nicht nöthig; es kann ein anderer der in §. 702 der CPO. erwähnten Titel, insbesondere ein einfacher Vollstreckungsbefehl erholt werden.

c. (ausdrücklich bestritten worden sind).

Der Grundsatz des §. 152 Abs. 2, daß nach Aufhebung des Konkursverfahrens für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und von dem Gemeinschulder im Prüfungstermine nicht ausdrücklich bestritten worden sind, aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung stattfinde, muß natürlich auch dann gelten, wenn die Aufhebung des Konkursverfahrens in Folge eines Zwangsvergleiches eintritt. Es hat also eigentlich der §. 178 nur den etwaigen Zweifel beseitigt, welcher aus der Stellung des §. 152 in einem früheren Titel sich hätte ergeben können. Im Uebrigen ist auf die Ausführungen oben Abth. II S. 494 zu verweisen und, was die Frage des „Bestrittenseins" insbesondere betrifft, auf Abth. II S. 491 ff.

d. (diejenigen, welche in dem Vergleiche Verpflichtungen übernommen haben).

I. Nachdem der Akkord nicht als „Vergleich" im technischen Sinne erscheint, nachdem lediglich die frühere Forderung des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner aufrecht erhalten bleibt und nur insoweit vollstreckbar ist, als sie auch ohne den in Mitte liegenden Vergleich vollstreckbar wäre, so könnte man zweifeln, ob an sich der Vergleichsbürge von der Vollstreckbarkeit betroffen werde. Das Gesetz geht aber davon aus, daß derjenige, welcher sich für den Vollzug des Akkordes verbürgt, nothwendig hiemit die Verpflichtung übernimmt, dafür zu sorgen, daß die be-

---

6) Wenn A sich auf 50 % akkordirt und B übernimmt allgemein die Garantie für richtige Einhaltung des Akkordes, so übernimmt er doch offenbar die Garantie, daß Alle ihre 50 % erhalten, die sie fordern können Da nun auch diejenigen Gläubiger des A, welche sich nicht gemeldet hatten, an den Akkord gebunden sind und 50 % ihrer Forderungen erhalten müssen, so hat eben B stillschweigend auch für diese die Haftung übernommen, indem er Vollzug des Akkordes allgemein garantirte.

stehen bleibenden Restansprüche, soweit sie nicht erlassen oder modifizirt sind, so erfüllt werden, wie sie ohne den Vergleich hätten erfüllt werden müssen. War nun eine solche Forderung vollstreckbar, so liegt in der Verpflichtung, für ihren Vollzug einzustehen, offenbar auch die Unterwerfung unter die Vollstreckbarkeit. Deshalb hat, um jeden Zweifel abzuschneiden, der vorstehende Paragraph diesem Satz positiven Ausdruck verliehen.

In welcher Form die Verpflichtung, für den Akkord zu haften, übernommen wurde, ist irrelevant; auch wenn der Dritte nicht als „Selbstschuldner“, sondern nur als „Bürge“ eingetragen ist, richtet sich gegen ihn nicht blos die sofortige Klage, sondern (soferne die ursprüngliche Forderung festgestellt und vom Gemeinschuldner nicht ausdrücklich bestritten war) sogar die sofortige Vollstreckbarkeit. Will er nur subsidiär haften, so muß er solches ausdrücklich vorbehalten. Sonach enthält die in §. 179 enthaltene Bestimmung hauptsächlich eine Abänderung derjenigen Civilrechte, welche dem Bürgen allgemein die Wohlthat der Vorausklage, der Theilung u. s. w. gewähren, in Bezug auf die Bürgschaft für den Akkord. Während im Allgemeinen der Bürge an sich subsidiär haftet, und nur dann primär, wenn dies ausdrücklich stipulirt ist, haftet der Akkordsbürge an sich primär, und nur dann subsidiär, wenn dies ausdrücklich stipulirt wird.

II. Die Worte des Gesetzes „die Zwangsvollstreckung findet statt gegen diejenigen, welche ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben“ dürfen selbstverständlich nicht zu einem **argumentum e contrario** dahin benützt werden, „daß also gegen diejenigen, welche die Verpflichtung mit Vorbehalt der Einrede übernommen haben, eine Zwangsvollstreckung nicht stattfinde“. Vielmehr findet nur die sofortige Zwangsvollstreckung gegen dieselben nicht statt; wenn aber der Gemeinschuldner selbst vergeblich exequirt worden, der Vorbehalt also erfüllt ist, dann müssen die Rechte gegen den Vergleichsbürgen in volle Wirksamkeit treten und er unterliegt der Zwangsvollstreckung ebenso, wie derjenige Bürge, welcher, ohne sich die Vorausklage des Gemeinschuldners vorbehalten zu haben, eingetreten ist [7]).

e. (unter entsprechender Anwendung — statt.

Vgl. oben S. 495 ff.

---

7) A. A. Fitting S. 375 Note 8 a. E.

§. 180.

Kein Hypothekentitel aus dem Zwangsvergleiche.

Soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, gewährt die Feststellung einer Konkursforderung, wenn nach den Landesgesetzen ein Urtheil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, den Anspruch auf eine solche im Falle eines Arrestgrundes.

I. E. §. 184; II. E. 180; Pr. H. E. Art. 863 Abs. 1; Pr. KO. §. 200 Abs. 1; B. Pr. O. —.

Formelle Vorbedingung der Zwangsvollstreckung ist die vom Gerichtsschreiber zu ertheilende Ausfertigung des Eintrags in der Tabelle und der rechtskräftig gewordenen Akkordbestätigung. Ob die Aufhebung des Konkurses nach §. 175 abgewartet werden muß, ist bestritten. Meisner (S. 360) bejaht; v. Sarwey S. (685) 812 dagegen scheint dies zu verneinen, da er sagt: nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsvergleiches geht die Zwangsvollstreckung wegen einer Konkursforderung gegen den Gemeinschuldner. Praktisch scheint mir die Frage ohne Bedeutung; in der Zeit zwischen der Bestätigung des Zwangsvergleiches und der Aufhebung des Verfahrens, welche ohnehin nur ganz kurz sein soll, werden die Gläubiger in der Regel auf freiwillige Befriedigung hoffen und daher doch nicht gleich mit der Zwangsvollstreckung kommen.

Daß der bestätigte Zwangsvergleich nicht den Titel zur Eintragung einer Hypothek für die gesammte Akkordleistung gewähren kann (wie dies z. B. nach Französischem Rechte[1]) der Fall ist), ergibt sich für unser Recht schon aus dem Prinzipe der Spezialität aller Hypotheken. „Nach rechtlicher Konsequenz könnte nur den einzelnen Gläubigern für die einzelnen Forderungen, soweit diese festgestellt wurden, auf Grund der Feststellung ein Titel zur Hypothek zugestanden werden". (Motive.) Gründe der Zweckmäßigkeit[2]) sprechen aber auch gegen diese Aufstellung. Das Gesetz geht davon aus:

---

1) Code de commerce (Art. 524), aber allerdings nur so, daß die Fallimentshypothek auf die einzelnen Gläubiger nach Höhe ihrer Forderung ausgeschlagen wird.

2) „Diese Konsequenz brächte den Nachtheil, daß die Gläubiger, welche die Eintragung ihrer Forderung zuerst erwirkten, sich für diese ein besseres Recht, als die übrigen gleichberechtigten Gläubiger einseitig verschaffen könnten. Und allgemein würden die Einzelhypotheken sowohl wie jene

A. die bereits verfallene Akkordleistung, welche der Gläubiger für seine festgestellte Forderung zu beanspruchen hat, gewährt nach §. 757 der CPO. dann einen Titel zur Hypothek, wenn dieser landesgesetzlich besteht;

B. für die noch nicht fällige Akkordleistung dagegen genügt diese Voraussetzung nicht; auch wenn die Landesgesetze den Urtheilen den Anspruch auf Hypothekeintrag zusprechen, kann doch auch für eine festgestellte Konkursforderung die für später zugesicherte Akkordleistung nicht im Hypothekenbuche eingeschrieben werden. Nur dann soll dies zulässig sein, wenn neben diesen beiden Voraussetzungen noch ein Arrestgrund (nach §. 797 der CPO.) vorliegt. Demnach ist 1) allgemeine Voraussetzung, daß a) die Konkursforderung festgestellt ist und b) die Landesgesetzgebung das Urtheil als Hypothektitel erklärt; 2) besondere Voraussetzung ist, daß entweder a) die Akkordleistung fällig ist, oder b) ein Arrestgrund gegeben erscheint.

Gesetzt also, der Zwangsvergleich gewährt 25% sofort und 25% nach Ablauf eines Jahres und Gläubiger A, dessen Forderung von 1000 Mk. nicht bestritten ist, kann seine ersten 25% nicht erhalten, so wird er z. B. nach Bayerischem Rechte unter Vorlage des Tabellenauszuges und der Ausfertigung des Zwangsvergleiches [3]) die Vormerkung einer Hypothek von 250 Mark auf dem Hause des Gemeinschuldners an zunächst offener Stelle allerdings erwirken können. Für die weiteren erst in Jahresfrist fälligen 250 Mk. aber hängt die Erlangung der Vormerkung davon ab, ob der Richter in dem Umstande, daß der Gemeinschuldner schon mit der ersten Akkordrate nicht einhält, eine genügende Unsicherheit desselben zur Verhängung eines dinglichen Arrestes findet.

---

§. 181.

Keine Aufhebungsklage wegen Nichterfüllung.

Eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben findet nicht statt [a])

I. E. §. 185; II E. §. 181; Pr. H. E. Art. 864 Abs. 5; Pr. KO. §. 201 Abs. 5; B. Pr. O. —.

Kollektivhypothek große Kosten und, um sie zu löschen, große Weitläufigkeiten verursachen, dem Schuldner die Realisirung der Grundstücke erschweren und in Folge dessen der Erfüllung, wo nicht schon dem Zustandekommen des Akkordes hinderlich sein" (Motive).

3) Nach Vollstreckbarkeitserholung.

§. 182.

Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Betruges.

Wenn der Zwangsvergleich durch Betrug [b]) zu Stande gebracht ist [c]), so kann jeder Gläubiger [d]) den vergleichsmäßigen Erlaß seiner Forderung anfechten [e]), unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte [f]).

Die Anfechtung ist nur zulässig [g]), wenn der Gläubiger ohne Verschulden außer Stande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen [h]).

I. E. §. 186; II E §. 182; Pr. H E. Art. 866; Pr. KO. §. 203; B. Pr. O. —.

a. (Eine Klage auf Aufhebung — findet nicht statt).

I. „Nachdem den Gläubigern ausreichende Gelegenheit geboten, ihre Rechte selbstständig und vor dem Richter geltend zu machen, nachdem der Akkord rechtskräftig mit voller Wirkung bestätigt und in Erfüllung desselben das Konkursverfahren aufgehoben worden ist, darf der so für alle Betheiligten gewonnene Rechtszustand des sicheren Fortbestandes nicht entbehren. Jeder Betheiligte muß seine Vorkehrungen danach mit Gewißheit treffen können; eine Ungewißheit würde die Maßnahmen Aller lähmen". Dies ist nach den Motiven [1]) der Grund, weshalb nur in den seltensten Fällen der einmal geschlossene Zwangsvergleich der Anfechtung unterliegt. Insbesondere nicht wegen Nichterfüllung. „Wenn schon — bemerken die Motive [2]) — der gänzlichen Nichterfüllung eines Einzelvertrages die Kraft diesen aufzulösen nicht ertheilt ist [3]), um wieviel mehr muß sie der einzelnen Nichterfüllung eines Gesammtvertrages abgesprochen werden. Der Bestand des Zwangsvergleiches kann nicht abhängen von der Arbeitslust oder der Willkür des Schuldners, den es vielleicht gereut, den Vergleich geschlossen zu haben, auch nicht von der Willkür eines einzelnen Gläubigers, der ihm etwa mißgünstig gestimmt ist oder gar mit dem Schuldner gemeinsame Sache macht. Allen Gläubigern sichert das Gesetz die schleunige Vollstreckung des Vergleichs, sie können sich schützen durch vertragsmäßige Sicherungen der Erfüllung [4]), sie können sich auch vertragsmäßig die kassatorische Klausel vorbehalten".

---

1) Zum I. E. Bd. II S. 172.

2) Zum II. E. S. 426.

3) Vgl. Abth. I S. 217.

4) Ich möchte die Praxis auf diesen Satz besonders aufmerksam machen; mir

Nach dem Vorstehenden ist es also:

1) gestattet, die Annahme des Zwangsvergleiches an die Bedingung zu knüpfen [5]), daß bei Nichterfüllung der zugesicherten Zahlungen der gewährte Erlaß hinfällig und das Konkursverfahren fortgesetzt werden solle;

2) wenn dies nicht geschieht, wenn diese Klausel nicht ausdrücklich verabredet ist, so ist jene Folge durch das Gesetz auch dann ausgeschlossen, wenn etwa das maßgebende Civilrecht [6]) die Klage auf Auflösung des Vertrages wegen Nichterfüllung allgemein gewährt [7]).

II. Nur die Klage auf Aufhebung wegen Nichterfüllung ist ausgeschlossen: also findet einestheils wegen Nichterfüllung eine Klage, die nicht auf Aufhebung, sondern auf Erfüllung, auf Schadensersatz u. s. w. gerichtet ist und begründet werden kann, statt, anderseits kann wegen anderer Gründe als wegen Nichterfüllung, soferne solche gesetzliche Gründe vorliegen, auch auf Aufhebung geklagt werden.

b. (durch Betrug).

„Betrug entkräftet jeden Vertrag und jedes Urtheil [8]). Wegen Betrugs gestattet daher sowohl das Gemeine Recht [9]) wie das Französische und Preußische Recht eine nachträgliche Anfechtung des Zwangsvergleiches" (Motive).

I. Als Betrug bezeichnet das RStGB. in §. 263 „die Erregung oder Unterhaltung eines Irrthums durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen". Diese allgemeine Definition hatte der I. E. in §. 186 in der Richtung auf den Akkord exemplifizirt durch Beifügung folgender drei Handlungen: Verheimlichung von Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, Aufstellung falscher Schuldbeträge, und heimliche Begünstigung von Gläubigern für ihre Zu-

---

scheint, hier liegt das Mittel, den durch den „Zwang" immerhin in ihren Rechten empfindlich berührten Gläubigern wenigstens einige Garantie dagegen zu geben, daß frivole Gemeinschuldner vorerst einen Nachlaß erbetteln und dann doch Nichts zahlen.

5) Es hat schon oben (S. 513 III) Erwähnung gefunden, daß nicht der einzelne oder die einzelnen Gläubiger sich diesen Vorbehalt machen können, sondern daß die in §. 169 geforderte Mehrheit der Gläubigerversammlung (nach der doppelten Richtung) allein hiezu befugt ist. Vgl. auch §. 166 Note 13.

6) Z. B. der Code civil in seinem berühmten Art. 1184.

7) Denn lex specialis derogat legi generali, und nach den Motiven hatte die Aufnahme des §. 181 gerade diesen Zweck.

8) Vgl. auch §. 543 der CPO.

9) Schweppe, Konkurs §. 23.

stimmung, ohne deren Zustimmung der Vergleich nicht angenommen worden wäre. Diese drei Fälle involviren zugleich ein criminelles Verschulden (vgl. §. 209 Ziff. 1 und 2, 212 und §. 213). Allein in der Berathungskommission[10]) wurde ausdrücklich anerkannt, daß nicht blos ein strafrechtlicher Betrug, sondern auch ein civilrechtlicher dolus[11]) in §. 182 gemeint sei[12]).

II. Es muß aber immerhin ein wirklicher Betrug vorliegen; es ist demnach unter dieser Bezeichnung etwas Anderes, etwas Engeres gemeint, als die in §. 173 N. 1 gedachte „Begünstigung" und „unlautere Handlungsweise" (Aeußerung des Reg.-Rath Hagens). Vor Allem ist das Erforderniß der Irrthumserregung festzuhalten; es muß eine wirkliche Verletzung von Treu und Glauben vorliegen, wie letztere im rechtlichen Verkehre allgemein üblich sind und vorausgesetzt werden[13]). Wenn auch beispielshalber die Verwandten des Gemeinschuldners sich hoch und theuer verschwören, sie könnten wirklich nicht mehr thun, sie gingen bis zum Aeußersten, wenn der Gemeinschuldner selbst versichert, die Zeiten seien so, daß bei einer Durchführung des Verfahrens gar Nichts herausschaue u. s. w., und dies war nicht wahr, so ist dies noch keine zu beachtende Vorspiegelung, denn es hat schon der alte Pomponius gesagt[14]), daß solche Kniffe allbekannt sind und Niemand damit sich fangen zu lassen braucht.

III. „Hinsichtlich der Richtung auf rechtswidrigen Vortheil und hinsichtlich der verursachten Vermögensbeschädigung ist man in Fällen der vorliegenden Art vom Beweise befreit[15]), weil schon durch den bloßen

---

10) K. Prt. S. 114.

11) Ich bediene mich der Kürze halber dieser Ausdrücke; richtiger wäre es allerdings zu sagen: „nicht blos ein solcher Betrug, welcher nach §. 263 des RStGB. und nach §. 209, 212 und 213 der KO. eine strafrechtliche Verfolgung nach sich zieht, sondern auch ein Betrug, welcher nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen auf die Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes von Einfluß ist".

12) Selbstverständlich kann also um so weniger die Verurtheilung des Gemeinschuldners oder eines Dritten wegen Betrugs als Voraussetzung des §. 1‸2 gefordert werden. Es ist dies zu erwähnen, weil man im Hinblicke auf §. 544 der CPO. hieran zweifeln könnte.

13) Nach der trefflichen Definition v. Wächter im Würt. Privatrecht Thl. II §. 205 Note 2.

14) fr. 16 §. 4 de minoribus, D. (4, 4), vgl. auch fr. 22 §. 3 fr. 23 locati D. (19, 2).

15) Abg. Hullmann und Dr. Goldschmidt K. Prt. S. 115.

Abschluß des Zwangsvergleichs ein ökonomischer Nachtheil herbeigeführt wird. Das unmittelbare und nächste Ergebniß des Vergleiches ist, daß der Gläubiger den Rest seiner Forderung verliert; insoferne wird er also stets benachtheiligt. In der Absicht, den anderen Theil durch Erregung oder Benützung eines Irrthums zum Abschlusse eines Zwangsvergleichs zu bewegen, liegt zugleich die Absicht, demselben einen Nachtheil zuzufügen und sich selbst einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen" [16]).

IV. Es genügt, daß der Betrug im Allgemeinen verübt ist, wenn auch derselbe nicht eine bestimmte Richtung gegen denjenigen Gläubiger verfolgte, welcher den Vergleich anfechten will. Beim betrüglichen Abschluß des Zwangsvergleiches geht ebenso wie beim betrüglichen Bankerutt die Absicht des Betrügers ganz allgemein dahin, die Gläubiger zu benachtheiligen, und ebenso ist die Wirkung eine allgemeine [17]).

c. (zu Stande gebracht ist).

I. Bei der Berathung wurde auf den Unterschied von dolus causam dans und dolus incidens aufmerksam gemacht. Wenn man diesen Unterschied aber in der hergebrachten Weise definirt, wonach es darauf ankommen soll, ob der Betrug die Eingehung des Geschäftes veranlaßte oder blos auf die Modalität desselben Einfluß hatte [18]), so glaube ich, kann man diese Unterscheidung nicht hieher ziehen. Denn ich halte den §. 182 auch dann für anwendbar, wenn ohne den Betrug zwar nicht überhaupt der Abschluß eines Zwangsvergleiches unterblieben, wenn aber der Vergleich ohne den Betrug nicht so, wie er abgeschlossen ist, angenommen worden wäre. Allerdings aber erscheint der Kausalzusammenhang zwischen dem Betruge und dem Vergleichabschlusse nothwendig [19]) und muß vom betreffenden Gläubiger nachgewiesen werden, was im Hinblick auf die Grundsätze der Civilprozeßordnung über die freie Beweisprüfung nicht allzuschwer sein dürfte.

II. Der Beweis, daß ein einzelner Konkursgläubiger oder einzelne Konkursgläubiger betrügerisch bestimmt worden sind, für den Vergleich zu stimmen oder sich der Abstimmmung gegen denselben zu enthalten,

---

16) Reg.-Rath Hagens hat in scharfsinniger Weise den §. 24 Ziff. 1 hieher in Parallele gestellt; es kann daher auch noch auf die Erläuterungen hiezu, Abth. I S. 343 hingewiesen werden.

17) Aeußerungen des Reg.-Rath Hagens und des Abg. v. Bahl vgl. K. Prt. S. 114.

18) Seuffert, Pandekten §. 261; Vangerow, Leitfaden Bd III §. 605 Anm. 5.

19) Hullmann a. a. O. S. 332; Stieglitz S. 661

macht den Vergleich nur dann anfechtbar, wenn nach dem Verhältnisse der abgegebenen Stimmen die Stimmen dieser Gläubiger die Verwerfung des Vorschlages herbeigeführt haben würden. Wenn der betrogene Gläubiger seine durch den Betrug begründete oder bestärkte unrichtige Auffassung der Sachlage bei andern Gläubigern zur Geltung gebracht oder in der Gläubigerversammlung vertreten hat, liegt es in der Beurtheilung des Richters, wie weit der Vergleich hiedurch „zu Stande gebracht" erscheine. Wäre der Vergleich auch ohne Zustimmung der betrogenen Gläubiger zu Stande gekommen, so könnte dieser nur nach Maßgabe der allgemeinen civilrechtlichen Bestimmungen Ersatz fordern [20]).

III. Das Vorgehende bezieht sich selbstverständlich nur auf jene Fälle, in welchen die rechtswidrige Täuschung eine auf einzelne Gläubiger beschränkte gewesen ist. Anders wird zu entscheiden sein, wenn der Betrug als ein alle Betheiligten umfassender — wenigstens der Möglichkeit nach — sich darstellt. Wenn also z. B. die Aktivmasse oder der Schuldenstand absichtlich falsch angegeben wurde, wenn Vermögensstücke verheimlicht, deren Werth durch Manipulationen geringer hingestellt, Forderungen erdichtet, Vorrechte fingirt wurden, so kann man mit Gewißheit hinterher nicht mehr sagen, welcher einzelne Gläubiger dadurch bereinflußt worden ist, für einen Akkord zu stimmen. In diesem Falle wird daher der Vergleich ohne Weiters für einen solchen erklärt werden können, von dem es ungewiß ist, ob er bei richtiger Sachkenntniß Seitens der Gläubiger eingegangen worden wäre.

IV. Das Gesetz sagt lediglich: „wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist" und läßt es also unentschieden, von wem, ob vom Gemeinschuldner oder von einem Dritten. Es ist sogar das irrelevant, ob wenn ein Driter der Schuldige ist, der Gemeinschuldner davon gewußt hat oder nicht [21]).

d. (jeder Gläubiger).

Also nicht blos der Betrogene, vergl. oben lit. b Nr. IV. Ebenso nicht blos derjenige Gläubiger, welcher majorisirt worden ist, sondern auch ein solcher, welcher bei der Abstimmung den Vergleich angenommen

20) Vgl. Meisner S. 364 Note 8.

21) Ebenso v. Sarwey S. (689) 818, Hullmann S. 332, Petersen S. 488, Stieglitz S. 661. Anderer Ansicht Meisner S. 364, welcher sich auf die Motive beruft, in denen es heißt: „es erscheine geboten, daß der Gemeinschuldner nicht die Früchte des Betruges genieße, den er oder ein Anderer für ihn gegen den Gläubiger begangen". Allein „für den Gemeinschuldner" das heißt „zu seinem Vortheile" ist der Betrug auch ohne seine Veranlassung begangen, weil er ihm nützt.

hat. Denn das ist eben der Zweck der obigen gesetzlichen Bestimmung, daß die Zustimmung, welche an und für sich den Zustimmenden bindet, in Folge der gespielten Gefährde zurückgezogen werden kann. Nicht aber kann derjenige, welcher zustimmte, obwohl er den Betrug kannte [22]), nachträglich den Vergleich anfechten.

e. (den vergleichsmäßigen Erlaß seiner Forderung anfechten).

Das Gesetz hat nicht das System des Französischen Rechts und der früheren Preußischen Konkursordnung adoptirt, wonach jeder einzelne Gläubiger wegen Betrugs den gesammten Akkord vernichten konnte [23]). Vielmehr bleibt der Vergleich im Ganzen bestehen, allein jeder Gläubiger für sich hat die Befugniß, den vergleichsmäßigen Erlaß an seiner Forderung anzufechten, sei es den Nachlaß an Kapital oder Zinsen, sei es den gewährten Aufschub, sei es eine andere Beschränkung, welche der Inhalt des Vergleichs ihm auferlegt. Seine Forderung wird im Wege der Anfechtungsklage in seiner früheren Gestalt wieder hergestellt oder er macht sie in der ursprünglichen Gestalt geltend und ficht die Einrede des Erlasses im Wege der Replik durch Berufung auf den gespielten Betrug an. Da der Konkurs aufgehoben bleibt [24]), so hindert den restituirten Gläubiger Nichts (insbesondere nicht §. 11 der KO.), gegen den Schuldner mit Exekution vorzugehen.

f. (unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte).

Hierunter sind vor Allem die zur Sicherung des Zwangsvergleiches etwa geleisteten Bürgschaften, von Dritten bestellte Hypotheken [25]) und

22) Wie z. B. Stieglitz S. 661 Nr. 3 annimmt. Es ist allerdings wahr, was er anführt, daß die Anfechtung dann unzulässig sei, wenn der Anfechtungsgrund absichtlich oder fahrlässigerweise vor der Bestätigung nicht geltend gemacht wurde; aber eben dies schließt ja die Anfechtung in obigem Falle aus; denn wer wissend, daß er getäuscht wird, doch für den Vergleich stimmt, handelt immer fahrlässig.

23) Die Gründe hiefür sind sehr schön in den Motiven (zum II. E. S. 427) dargelegt, indeß für die praktische Anwendung nicht verwerthbar, daher ich sie übergehe.

24) Wenn alle oder so viele Gläubiger, daß der Schuldner den Ansprüchen nicht gerecht werden kann, die Anfechtung ihres Erlasses durchsetzen, kann es freilich wieder zum Konkurse kommen, der aber dann ein neuer, nicht ein nach §. 124 wiederaufgenommener sein würde.

25) Kann aber der einzelne Gläubiger auf eine zur Sicherung des Zwangsvergleichs im Ganzen auf den Immobilien des Schuldners bestellte Hypothek oder an einem hiefür deponirten Pfandobjekte Anspruch erheben? Ich

Pfänder zu verstehen. Natürlich aber erstreckt sich das Recht gegen diese nur soweit, als die Leistung aus dem Zwangsvergleiche bestanden hätte, nicht für den durch Erlaß hinweggefallenen Theil der restituirten Forderung [26]).

Ferner ist durch die obige gesetzliche Bestimmung dem Gläubiger die aus einem bestätigten Zwangsvergleiche folgende Vollstreckbarkeit (§. 179 der KO.) gewährt. Ob aber auch die antizipirte Fälligkeit? Nach dem Wortlaute des Gesetzes allerdings, allein es wird sich dies, da diese Folge für den wiederauflebenden Theil der Forderung nicht zu rechtfertigen wäre, kaum durchführen lassen.

g. (Die Anfechtung ist nur zulässig).

Kann der Richter von Amtswegen dir hier supponirte Unzulässigkeit hervorheben? Ich glaube nicht; es ist Sache des Gemeinschuldners, darzuthun, daß der Anfechtungsgrund kein Novum sei. Aber auch den Mitgläubigern muß dieses gestattet sein; denn unter Umständen können sie ein wesentliches Interesse daran haben, den einmal geschlossenen Zwangsvergleich intakt zu erhalten und eine schließlich zur Erneuerung des Konkursverfahrens führende Anfechtung zu beseitigen.

h. (wenn der Gläubiger ohne Verschulden außer Stande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen).

I. Die §§. 211 und 545 der CPO. sprechen denselben Grundsatz für die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist und für die Restitutionsklage aus. Aus den Motiven zu diesen Paragraphen läßt sich über die Grenzen des vom Gesetze als ein zu beachtendes „Verschulden" erklärten Versehens Nichts entnehmen. Ich glaube, daß auch hier [27]) nur derjenige Gläubiger als entschuldigt gilt, welcher im gegebenen Falle nach den gegebenen Umständen auch bei Anwendung der im Verkehrsleben üblichen und den gegebenen Verhältnissen angemessenen Sorgfalt nicht im Stande war, sein Interesse zu wahren. Wenn er also z. B. freiwillig am Konkurse sich nicht betheiligte und deshalb von

---

glaube wohl, nur darf hiedurch das Recht der Mitgläubiger nicht alterirt oder beeinträchtigt werden.

26) „Ist nach dem Akkorde nur ein Theil der Forderung und zwar in Terminsraten zu zahlen, so kann der Gläubiger gegen den Gemeinschuldner die ganze Forderung und auch sofort geltend machen; gegen den Bürgen aber nur nach dem Maße der Höhe und der Fristbestimmung der Verbürgung". v. Wilmowski S. (313) 485.

27) Vgl. Abth. II S. 393.

dem Akkorde Nichts erfuhr, ist er nicht entschuldigt, noch weniger, wenn er zwar Theil nahm, aber im Vergleichstermin nicht erschien.

II. Als „Bestätigungsverfahren" erscheint sowohl der Vergleichstermin selbst, wenn in diesem über die Bestätigung verhandelt wurde, als auch der nach §. 170 Abs. 2 angesetzte Verhandlungstermin, als auch die Zwischenzeit bis zu einem etwa anberaumten Publikationstermine [28]). Auch die Verhandlung vor dem Oberrichter gehört zum „Bestätigungsverfahren"; wenn also der Gläubiger die gespielte Gefährde so rechtzeitig inne wurde, daß er gegen den Bestätigungsbeschluß noch Beschwerde einlegen konnte, und dies versäumt hat, kann er sich auf §. 182 nicht berufen.

---

§. 183.

Aufhebung des Zwangsvergleichs wegen betrüglichen Bankerutts.

Die rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hebt für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte.

Auf Antrag eines Gläubigers kann das Konkursgericht Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurtheilung desselben anordnen.

I. E. §. 182; II. E. §. 183; Pr. H. G. Art. 865; Pr. KO. § 202; B. Pr. O. —.

I. Der betrügliche Bankerutt des Gemeinschuldners schließt nach §. 162 Ziff. 2 von vorneherein jeden Akkord aus und verhindert nach §. 172 Ziff. 2 die Bestätigung eines angenommenen Vergleiches. Als Ergänzung dieser Bestimmungen erscheint der §. 183, welcher verfügt, daß eine nachträgliche Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts die Wirksamkeit des Vergleiches allen Gläubigern gegenüber aufhebt. Der Vergleich wird auch in diesem Falle nicht nichtig, deshalb bleiben den Gläubigern die aus dem Vergleiche erworbenen Rechte. Es bedarf aber anderseits nicht wie im Falle des §. 182 erst einer Anfechtung des vertragsmäßigen Erlasses, sondern — wie die Motive bemerken — es treten die Wirkungen, welche sich an die einfache,

---

28) Denn bis dahin kann nach der obigen Erläuterung (vgl. §. 170 II. 2) eine neue Verhandlung provozirt werden.

leicht erweisliche Thatsache der rechtskräftigen Verurtheilung knüpfen, ohne besondere Anfechtungsklage und ohne besonderen Anspruch von Rechtswegen ein. Jeder Gläubiger ist demnach befugt, seine ursprüngliche Forderung ohne Rücksicht auf die vergleichsmäßige Minderung oder Modifizirung geltend zu machen; da indessen die frühere Ueberschuldung sich nicht gehoben haben wird, muß es wohl regelmäßig zu einer Wiederaufnahme des Konkursverfahrens nach §. 184 kommen.

II. Nach §. 800 der CPO. muß jedes Gesuch auf Verhängung eines Arrestes den Arrestgrund enthalten. Als solchen Grund erklärt der §. 183 Abs. 2 die wegen betrüglichen Bankerutts gegen einen Gemeinschuldner eingeleitete strafrechtliche Untersuchung.

Die Beschränkung des §. 162 Ziff. 2, daß bereits das Hauptverfahren eröffnet sein müsse, ist hier nicht wiederholt. Allein das Gesetz sagt: „das Konkursgericht kann" — nicht „muß"; sonach liegt es in der Hand des Richters, dann, wenn das Verfahren nicht bereits so weit vorgeschritten und so gelagert scheint, daß eine Verurtheilung als in Aussicht stehend anzunehmen ist, den Antrag überhaupt zurückzuweisen. In Betreff der Art und des Umfanges der Sicherheitsmaßregeln werden die Vorschriften des §. 98 der KO. entsprechende Anwendung zu finden haben. Vgl. oben Abth. II S. 196 ff. und auch S. 157.

---

§. 184.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

Im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung wird, wenn genügende Masse vorhanden ist [a]), das Konkursverfahren [b]) auf Antrag eines Konkursgläubigers [c]) wieder aufgenommen [d]).

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Beschluß des Gerichts [e]). Auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§. 100, 103, 104, 106 entsprechende Anwendung [f]).

I. E. §. 188; II. E. § 184; Pr. H. E. Art. 868; Pr. KO. §. 206; B. Pr. O. —.

a. (wenn genügende Masse vorhanden ist).

I. Vergl. hierüber oben Abth. II S. 201 und die Erläuterung zu §. 190.

II. Gesetzt den Fall, der Kaufmann Schlaumeier hat sich am 2. Februar 1890 mit 20 % akkordirt und sein Geschäft lässig fortbetrie-

ben, aber so leichtsinnig, daß in Folge Anbringens neuer Gläubiger am 1. Juli 1891 ein zweiter Konkurs über ihn ausgebrochen ist. Inzwischen ist aufgekommen, daß Schlaumeier seinerzeit durch seinen Freund Filucius einen Wechsel auf 10,000 Mk. hat liquidiren lassen, der nur fingirt war, und daraufhin ist er am 1. August 1891 wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden. Am 10. August beantragt der im früheren Konkurse abgefundene Gläubiger Bitter die Wiederaufnahme des Verfahrens. Wie stellt sich nun die Sache? Man kann sagen, der Antrag ist unzulässig, denn Alles, was der Schlaumeier besitzt, ist Masse des am 1. Juli verfügten Konkurses, also ist für den zur Wiederaufnahme beantragten Konkurs keine genügende Masse vorhanden. Und das wird auch wohl, soferne nicht schon vorher die Wiederaufnahme durch Sicherheitsmaßnahmen begonnen war, das Richtige sein[1]). Man kann aber auch[2]) annehmen, daß die Zuständigkeit des früheren Konkursgerichtes wieder auflebt, sonach durch Prävention die Masse an sich zieht, und dann das neue Konkursverfahren wegen Mangels einer Masse eingestellt werden muß.

b. (das Konkursverfahren).

Es sollte eigentlich heißen „ein" Konkursverfahren, denn es wird nicht das frühere Verfahren wieder fortgesetzt, sondern es wird ein Konkursverfahren mit theilweise anderen Gläubigern und jedenfalls mit anderen Forderungsbeträgen.

c. (auf Antrag eines Konkursgläubigers).

Die Pr. KO. hatte in §. 206 die Wiederaufnahme des Verfahrens von Amtswegen vorgeschrieben; das vorliegende Gesetz aber fordert den Antrag eines Gläubigers. Ich glaube nun, daß zu solchem Antrage nicht blos jeder vom Zwangsvergleiche Betroffene, sondern auch jeder andere, insbesondere jeder neue Gläubiger legitimirt erscheint[3]); denn nachdem einem solchen nicht verwehrt sein kann, zu jeder Zeit den Konkurs über seinen Schuldner zu beantragen, muß ihm ein solcher Antrag auch in der

---

1) Natürlich können sich die früheren Gläubiger ohne Rücksicht auf den in Mitte liegenden Zwangsvergleich in dem neuen Verfahren melden.

2) Fitting §. 50 Note 8; Petersen S. 492; v. Sarwey S. 823; Stieglitz S. 664.

3) Der §. 186 Abs 2 spricht zwar nur von einer Theilnahme der neuen Gläubiger am Verfahren; wörtlich genommen müßte also ein Verfahren schon vorhanden sein, bevor die neuen Gläubiger daran Theil nehmen können. Deshalb schließen den neuen Gläubiger von dem Antrage auf Wiederaufnahme aus: Fitting §. 50 Note 2, Petersen S. 492, v. Sarwey S. 187, Stieglitz S. 664, v. Wilmowski S. 487.

kritischen Zeit zustehen. Aber freilich während die Akkordgläubiger nicht erst die Zahlungsunfähigkeit des wegen betrüglichen Bankerutts verurtheilten Akkordanten darzuthun verpflichtet sind, liegt einem neueren Gläubiger die Erfüllung des §. 94 der KO. ob[4]).

d. (wieder aufgenommen).

Die Wiederaufnahme des Verfahrens bewirkt nach den allgemeinen Grundsätzen des Konkurses, daß das gesammte in §. 1 bezeichnete Vermögen des Schuldners zur Masse wird. Die Masse des wiederaufgenommenen Verfahrens ist also nicht etwa die frühere, was sich ja schon durch die inzwischen vorgekommenen Veränderungen faktisch ausschließt, sondern Alles, was der Schuldner jetzt hat. Eben deshalb dürfen auch neue Gläubiger sich dem wiederaufgenommenen Verfahren anschließen[5]).

e. (erfolgt durch Beschluß des Gerichts).

Nicht dasjenige Gericht, welches den Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts verurtheilt hat, hat den Beschluß auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu erlassen, sondern das Konkursgericht[6]). Gegen diesen Beschluß wird dem Gemeinschuldner die Beschwerde zuzugestehen sein, gegen die Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme aber dem antragstellenden Gläubiger.

f. (entsprechende Anwendung).

Der Beschluß auf Wiederaufnahme ist ein förmlicher Konkurseröffnungsbeschluß; es ist in demselben die Stunde der Wiederaufnahme anzugeben (§. 100), er ist nach der Vorschrift des §. 103 zu veröffentlichen und nach §§. 104 u. 106 in den Registern und öffentlichen Büchern einzuschreiben.

Der §. 102 ist nicht als analog anwendbar erklärt; indessen ergibt sich aus der Vorschrift des §. 187 (vgl. die Erläuterung hiezu unter Nr. I), wie weit demselben auch im wiederaufgenommenen Verfahren Wirksamkeit gebührt.

---

4) Allerdings wird aber der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit in solchem Falle nahezu selbstredend sein.

5) Ebenso Hullmann S. 334, v. Sarwey S. 822, Stieglitz S. 665.

6) Und zwar wohl immer das zuerst mit der Sache befaßte Amtsgericht wenn auch inzwischen der Schuldner den Wohnsitz geändert hatte. Vgl, auch Abth. II S. 17 oben.

§. 185.

Anfechtung der inzwischen vorgenommenen Handlungen.

Für die Anfechtung von Rechtshandlungen [a]), welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse [b]) gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist [c]), als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils [d]).

I. E. §. 189; II. E. §. 185; Pr. H. E. Art. 870; Pr. KO. §. 207; B. Pr. O. —

a. (für die Anfechtung von Rechtshandlungen).

Die Rechtshandlungen, welche der Akkordant in der Zwischenzeit — von der Aufhebung des Konkursverfahrens in Folge des Zwangsvergleiches an bis zur Aufhebung des Erlasses in Folge der Verurtheilung — vornimmt, sind an sich rechtsgiltig; allein sie können natürlich nicht mehr rechtsgiltig sein, als alle Rechtshandlungen eines späteren Gemeinschuldners. Soweit demnach diese letzteren nach Maßgabe des Titels III des Ersten Buches [1]) der Anfechtung unterliegen, müssen auch die ersteren anfechtbar sein. Hiebei tritt an die Stelle des Zeitpunktes der Konkurseröffnung [2]) der Zeitpunkt der Wiederaufnahme und der Antrag auf diese Wiederaufnahme an die Stelle des Antrages auf Konkurseröffnung [3]).

b. (für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse).

Nach §. 48 der KO. [4]) ist die Aufrechnung unzulässig, wenn die zu compensirende Forderung erst nach der Konkurseröffnung oder wissentlich nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erworben ist. Diese Bestimmung soll analog auch für das wiederaufgenommene Konkursverfahren in Anwendung kommen. Forderungen also, welche erst nach der Wiederaufnahme des Verfahrens oder zwar vor dieser Wiederaufnahme erworben wurden, aber zu einer Zeit, wo dem Erwerber der desfallsige

---

1) Vgl. Abth. I S. 340 ff.

2) Welcher z. B. in §. 22, §. 24 Ziff. 2, §. 25 Ziff. 1 u. 2, §. 26 als entscheidend aufgestellt ist.

3) Welcher in §. 23 Ziff. 1 u. 2 die Voraussetzung bildet.

4) Vgl. Abth. I S. 579 ff.

Antrag oder auch nur die Verurtheilung des Gemeinschuldners, welche den Anlaß zum Antrage gibt, bekannt war, können zur Kompensation nicht benützt werden. Dagegen werden Forderungen, die zwar nach der ersten Konkurseröffnung (aber vor den zuletzt bezeichneten Zeitpunkten) erworben wurden und daher im früheren Konkurse nicht aufgerechnet werden konnten, im wiederaufgenommenen Konkurse allerdings aufgerechnet werden können, weil sich ja auch die neuen Gläubiger im wiederaufgenommenen Verfahren betheiligen können.

c. (wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist).

Es wäre immerhin denkbar, daß der Akkordant, der nach Abschluß des Zwangsvergleiches weitere Geschäfte gemacht hat, durch seine Verbindlichkeiten in's Gedränge kommt und vor der Verurtheilung freiwillig in Konkurs geht. In solchem Falle ist kein Grund vorhanden, bezüglich der Befugniß zur Anfechtung der Aufrechnung einen späteren Moment als maßgebend zu erklären. Wenn aber auch — wie dies wohl die Regel bilden wird — der frühere Gemeinschuldner sich nicht für insolvent erklärt, so wird doch kraft des Gesetzes die Folge der Insolvenz an die Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts geknüpft.

d. (des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils).

Ein bloßer Verhaftsbefehl, ein nach §. 201 der RStPO. erlassener Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens u. dgl. genügt nicht; es muß ein verurtheilendes Erkenntniß vorliegen. Dagegen ist es nicht nöthig, daß die Verurtheilung in Rechtskraft übergegangen ist[5]). Hat der Erstrichter freigesprochen, der Appellrichter aber verurtheilt, so ist natürlich dieses das „erste" Urtheil.

§. 186.

Konkurrenz der neuen und alten Gläubiger.

An dem aufgenommenen Verfahren nehmen die Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen Theil.

5) Wie dies ehedem in der Pr KO. §. 207 der Fall war.

Die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners sind zur Theilnahme an dem Verfahren berechtigt. Dieselben haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellten Sicherheit.

I. E. §. 190; II. E. §. 186; Pr. H. G. Art. 871; Pr. KO. §. 208; B. Pr. O. —.

I. Daß die durch den Zwangsvergleich betroffenen Forderungen, sobald der Zwangsvergleich als unwirksam erklärt ist, ihren vollen Konkursanspruch wieder erlangen[1]), erscheint als selbstverständlich. Ebenso aber, daß, was inzwischen an denselben getilgt wurde, nicht etwa zurückzugeben ist, sondern an den Forderungen abgeht. Das heißt also: es wird überhaupt nicht der Akkord als nicht geschlossen, die Aufhebung des Konkurses als nicht geschehen betrachtet, sondern lediglich der akkordmäßige Erlaß als fortgefallen erachtet. Hieraus ergibt sich, daß nicht etwa eine Kollationspflicht der bisherigen Gläubiger eintritt, so daß sie zwar den vollen Nominalbetrag ihrer ursprünglichen Forderung liquidiren könnten, die Zahlungen aber, die ihnen gemäß des Akkordes geleistet wurden, der wirklich vorhandenen Masse zugerechnet, danach die Dividenden der sämmtlichen Gläubiger berechnet und an der Dividende dem betreffenden Gläubiger die Akkordzahlung abgerechnet würde. Vielmehr wird der Konkursgläubiger, welcher z. B. ursprünglich 1000 Mark zu fordern hatte, sich auf einen Akkord mit 50% einließ und hieran die Hälfte erhielt, im wiederaufgenommenen Verfahren einfach als Konkursgläubiger von 1000 Mark weniger 25%, also von 775 Mark behandelt.

II. Unter den neuen Gläubigern sind alle Personen zu verstehen, welche im Zeitpunkte der Wiederaufnahme des Verfahrens nach §. 2 der KO. als Konkursgläubiger sich darstellen und im früheren Verfahren es nicht waren. Also nicht blos jene persönlichen Gläubiger, welche nach Abschluß des Akkordes Forderungen gegen den Gemeinschuldner erworben haben, sondern auch jene, deren Ansprüche aus der Zeit während des früheren Verfahrens herrühren. Neue Gläubiger sind natürlich auch die früheren Gläubiger, soweit sie inzwischen Forderungen erworben haben.

---

1) Nicht gerechtfertigt ist es, wenn einzelne Gesetzgebungen (z. B. die Französische und die frühere Pr. KO.) nur die Akkordsumme in Betracht ziehen, so daß ein Gläubiger, welcher die volle Akkordsumme erhalten, gar nicht, und derjenige, welcher einen Theil erhalten hat, nicht mit dem Reste seiner ursprünglichen Forderung, sondern nur mit dem Reste seiner Akkordquote am wiederaufgenommenen Verfahren Theil nehmen dürfte.

Gläubiger, welche schon vor der Zeit des ersten Konkurses forderungsberechtigt waren, sich aber nicht angemeldet haben, können natürlich an dem wiederaufgenommenen Verfahren ohnehin Theil nehmen.

Wie ist es nun in dieser Hinsicht mit den Forderungen, deren in §. 56 Ziff. 1 und 2 Erwähnung geschieht? Können die früheren Gläubiger im wiederaufgenommenen Verfahren auch die seit der ersten Konkurseröffnung erlaufenen Zinsrückstände und die Kosten, die ihnen im früheren Konkursverfahren erwachsen sind, geltend machen? Ich glaube: ja. Was die Zinsen betrifft, so würde deren Ausschluß sie gegen die neuen Gläubiger offenbar zurücksetzen. Z. B. A hat an B 1000 Mark fällig am 1. Oktober 1885 zu fordern; am 30. September geht B in Konkurs; am 1. November 1885 leiht ihm C zu einem wieder begonnenen Geschäfte 1000 Mark zu 4%. Wenn nun im fraglichen Konkurse am 1. März 1886 ein Zwangsvergleich zu Stande kommt, der später am 1. Januar 1887 hinfällig wird, so kann in dem wiederaufgenommenen Verfahren C 1000 Mark und etwa rückständige Zinsen seit 1. November 1885 fordern. Weshalb sollte also A die ihm gebührenden Zinsen für dieselbe Zeit nicht fordern dürfen?

Kritischer könnte es bei den Kosten scheinen; allein nachdem solche Kosten, soweit sie von dem Gemeinschuldner wirklich verschuldet sind[2], von demselben sicher nach beendigtem Verfahren aus etwaigem neu erworbenen Vermögen ersetzt verlangt werden können, ist kein Grund gegeben, ihre Geltendmachung im wiederaufgenommenen Konkurse auszuschließen.

III. Daß eine für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellte Sicherheit, wenn sie von Dritten geleistet worden ist, den neuen Gläubigern nicht zu Gute kommen kann, ist selbstverständlich. Wenn aber dieselbe vom Gemeinschuldner selbst an Masseobjekten bestellt ist[3], könnte man allerdings der Meinung sein, daß die Beseitigung des Zwangsvergleichs auch hier den status quo ante wieder herstellen müsse. Allein, wie oben bemerkt, der Zwangsvergleich fällt nicht hinweg, das frühere Verfahren lebt nicht wieder auf, nur der Erlaß der Gläubiger in Folge des Akkordes wird beseitigt. Sonach muß die bestellte Sicherheit ebenso gut in ihrer Wirkung bleiben, wie die geschehene Tilgung. Die Akkordgläubiger erscheinen hinsichtlich der geleisteten Sicherheit als Absonderungsberechtigte, soweit ihnen reale Sicherheit bestellt war.

---

2) Vgl. Abth. I S. 650 und Abth. II S. 412 ff.

3) Z. B es wurde für die Akkordanten Hypothek auf dem Hause des Gemeinschuldners eingetragen.

IV. Soweit bevorrechtigte Gläubiger aus der früheren Masse etwa nicht befriedigt sein sollten, bleibt ihnen ihr Vorrecht in dem wiederaufgenommenen Konkurse gewahrt. Ebenso können Massegläubiger der früheren Masse, wenn sie nicht nach §. 176 Zahlung oder Sicherstellung erlangt hatten, ihre Ansprüche an die neugebildete Masse geltend machen.

V. Die bisher erörterten Bestimmungen gelten, wie der Wortlaut des Gesetzes deutlich zeigt, nur für ein nach Unwirksamwerden des Erlasses aus dem Zwangsvergleiche wiederaufgenommenes Konkursverfahren. Würde sich der Fall ereignen, daß ohne die Voraussetzung des §. 183 der KO. der Akkordant vor der völligen Erfüllung der im Zwangsvergleiche versprochenen Leistungen abermals in Konkurs geriethe[4]), so findet die Bestimmung, daß der Erlaß hinwegfalle, keine Anwendung. Vielmehr „bleibt der Akkord und somit der akkordmäßige Erlaß trotz der Nichterfüllung und trotz der neuen Zahlungsunfähigkeit bestehen". (Motive.) In dem neuen Konkurse können daher die Akkordgläubiger nur ihre unbefriedigt gebliebene Forderung aus dem Zwangsvergleiche anmelden und die Dividende berechnet sich nach dieser, nicht nach der ursprünglichen Höhe der Forderung[5]).

---

§. 187.

Stellung der Gläubiger im neuen Konkurse.

Das Verfahren ist so weit als nöthig zu wiederholen a).

Früher geprüfte Forderungen b) werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung c) von neuem geprüft d).

I. E. §. 191; II. E. §. 187; Pr. H. E.; — Pr. KO. —; B. Pr. O. —

a. (so weit als nöthig zu wiederholen).

Jedenfalls erscheinen bei dem wieder aufgenommenen Verfahren die-

---

4) Sei es, daß die Akkordgläubiger denselben beantragen oder andere neue Forderungen dazu führen.

5) Daß dieser Satz um so mehr auf solche Gläubiger sich erstrecken müsse, welche nicht durch Zwangsvergleich, sondern freiwillig einen Theil ihrer Forderungen nachgelassen haben daß also auch dann, wenn nach §. 188 Einstellung des Verfahrens beschlossen worden ist und später der Schuldner abermals in Konkurs kommt, nur die Vergleichssumme liquidirt werden kann, ist selbstverständlich.

jenigen Maßnahmen nöthig, welche nach §. 102 der KO. mit dem Eröffnungsbeschlusse zu verbinden sind. Es muß also sofort ein Verwalter ernannt werden, als welchen man zweckmäßig den früheren wieder wählen wird[1]), es muß der offene Arrest erlassen und es muß eine Anmeldefrist und ein Prüfungstermin bestimmt werden. Hierauf wird ein Gläubigerausschuß zu bestellen sein, als welcher natürlich der frühere wieder gewählt werden kann, aber nicht muß, und wenn viele neue Gläubiger vorhanden sind, auch wohl zweckmäßig durch einen oder einige von ihnen vermehrt wird.

b. (Früher geprüfte Forderungen).

Dieser Ausdruck dürfte nicht ganz wörtlich zu nehmen sein; es wird nämlich weniger auf die Prüfung als auf die „Feststellung" anzukommen haben. Wenn nämlich eine im früheren Verfahren angemeldete Forderung im Prüfungstermine zwar geprüft aber streitig geblieben war, so wird im wiederaufgenommenen Verfahren eine solche nicht blos „hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung", sondern insbesondere dahin geprüft werden müssen, ob inzwischen ihre Feststellung erfolgt ist oder nicht. Ich halte es auch nicht für ausgeschlossen, daß im Prüfungstermine des erneuerten Verfahrens der Verwalter oder die Gläubiger, welche früher die Forderung widersprochen hatten, z. B. mit Rücksicht auf die Lage des Feststellungsprozesses, nunmehr den Widerspruch fallen lassen und sonach der Anspruch festgestellt erscheint. Der zweite Absatz ist daher nur als Begünstigung, nicht als Benachtheiligung früher geprüfter Forderungen auszulegen; das heißt: der Inhaber einer festgestellten Forderung hat das Resultat der früheren Prüfung für sich, der Inhaber einer nicht festgestellten kann es bei dem Resultat der früheren Prüfung belassen, er kann aber auch nochmalige Prüfung verlangen.

c. (hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung).

Die Behauptung, daß eine Forderung inzwischen getilgt sei, muß vom Verwalter oder von einem Gläubiger vorgebracht werden; es ist nicht Sache des Forderungsinhabers, den unveränderten Fortbestand zu behaupten. Der bloße Widerspruch Seitens eines Gläubigers oder des Verwalters gegen den ungetilgten Fortbestand genügt indessen, um die Forderung

---

1) Daß der bisherige Verwalter und Gläubigerausschuß von selbst in ihr Amt wieder eintreten, wie Hullmann a. a. O. S. 157 — und ihm folgen Fitting, v. Sarwey u. Stieglitz — sagt, kann ich nicht annehmen; dazu wäre eine gesetzliche Vorschrift nöthig gewesen, welche nicht vorhanden ist.

zu einer streitigen[2]) zu machen und auf sie die Bestimmungen der §§. 132 und 133 anwendbar erscheinen zu lassen. Wer muß nun aber in solchem Falle den Prozeß führen? Nachdem zufolge §. 133 Abs. 2 die Feststellung im früheren Verfahren und die daraufhin erfolgte Eintragung in die Tabelle allen Konkursgläubigern gegenüber wie ein rechtskräftiges Urtheil gewirkt hatte, muß in Gemäßheit des §. 134 Abs. 6 der Widersprechende den Widerspruch verfolgen, also derjenige, welcher eine inzwischen erfolgte Tilgung behauptet, diese beweisen.

d. (von neuem geprüft).

Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist eine wiederholte Prüfung nur in Betreff einer inzwischen etwa eingetretenen Tilgung vorgeschrieben. Dagegen ist für bereits geprüfte Forderungen im Uebrigen die frühere Tabelle maßgebend und das Verfahren wird eben einfach so fortgesetzt, als ob ein Akkord nicht in Mitte getreten wäre. Demohngeachtet muß ein neuer allgemeiner Prüfungstermin für den Fall einer Anmeldung früher nicht angemeldeter Forderungen anberaumt werden[3]).

---

2) Natürlich nur hinsichtlich des als getilgt behaupteten Betrages.

3) Ebenso Fuchs S. 154, Hullmann S. 337, Meisner S. 365, Petersen S. 495, v. Sarwey, S. (697) 826, Stieglitz S. 669, Wengler S. 642 und jetzt auch v. Wilmowski S. 489. Mit letzterem hatte ich in der I. Auflage angenommen, es müßte zwar eine Widerholung des Anmeldungsverfahrens nicht stattfinden, wohl aber auch die früheren Gläubiger sich nochmals melden, um berücksichtigt zu werden. Nun will ich zugeben, daß dies vom Gesetze nicht verlangt wird, allein ich glaube, daß in der Praxis jeder Gläubiger, um nicht vergessen zu werden, sich ohnehin melden wird

Siebenter Titel.

Einstellung des Verfahrens.

Die Konkursordnung kennt zweierlei Arten, das eröffnete Konkursverfahren zu beendigen: die Aufhebung[1]) desselben und die Einstellung, wovon die erstere als ordentliche, die letztere als außerordentliche Art der Konkursbeendigung bezeichnet werden kann[2]).

Die „Aufhebung“ erfolgt regelmäßig, wenn der Zweck des Verfahrens vollständig erfüllt ist, wenn die Masse zur Endvertheilung gelangte, die Schlußrechnung gestellt, der Schlußtermin abgehalten wurde (§. 151); sie tritt außerdem ein, wenn der Eröffnungsbeschluß nachträglich sich als unbegründet erzeigt (§. 105) und wenn durch einen Zwangsvergleich das Konkursverfahren beendigt wird (§. 175). Die „Einstellung“ des Verfahrens aber tritt ein, wenn sich Gründe ergeben, welche eine Fortsetzung des Konkurses als unnöthig erscheinen lassen, nämlich wenn die Gläubiger ihre Zustimmung erklären, daß die Sache beruhen bleibt (§. 128), und wenn keine Masse mehr vorhanden ist (§. 190) — in diesem Falle vermöge der sogenannten exceptio Caesarea: „wo nichts ist, da hat der Kaiser das Recht verloren.“

Eine besondere Art der Einstellung dann anzunehmen, wenn alle Gläubiger wirklich befriedigt sind, halte ich nicht für zulässig[3]); denn auch

1) Die den Motiven angefügten Rubriken halten diese Diktion nicht ein; sie überschreiben die §§. 191 und 192 ungenauer Weise als „Aufhebung“.

2) In den Motiven zum II. E. S. 437. Im I. E. hießen alle Arten der Beendigung „Aufhebung“.

3) Der befriedigte Gläubiger gilt eben ipso facto als der Einstellung zustimmend (vgl. unten § 188 Note 15); würde er — was praktisch nicht wohl vorkommen wird — protestiren, so würde sein Widerspruch als unlegitimirt (er ist ja nicht mehr „Gläubiger“) unbeachtet bleiben. Die zwischen mir

in diesem Falle kann meines Erachtens der Gemeinschuldner nur auf Grund der Zustimmung der Gläubiger und in der in §. 189 der KO. vorgeschriebenen Form den Einstellungsbeschluß erwirken[4]; der Nachweis über Bezahlung, Erlaß und dergleichen — wenn auch Seitens aller Gläubiger — könnte nicht genügen, um das Verfahren einfach als beendigt liegen zu lassen. Ob die Gläubiger nun aber zustimmen, weil sie bezahlt wurden oder sonst befriedigt sind oder nur, weil sie auf die Fortsetzung des Verfahrens verzichten, ferner, ob die Gläubiger ausdrücklich ihre Zustimmung erklären oder diese Zustimmung aus ihrer Befriedigungserklärung zu folgern sei[5]), ist für das Gericht einerlei.

Während die §§. 188 und 190 die Vorbedingungen einer Einstellung aufstellen, regeln die §§. 189 und 191 das Verfahren für diese Beendigungsart des Konkurses und §. 192 erörtert die rechtliche Folge des Einstellungsbeschlusses.

---

§. 188.

Einstellung zufolge Einwilligung der Gläubiger.

Das Konkursverfahren[a]) ist auf Antrag des Gemeinschuldners[b]) einzustellen[c]), wenn er nach dem Ablaufe der Anmeldefrist[d]) die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben[e]), beibringt. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen angemeldet aber nicht festgestellt sind[f]), entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen[g]).

Das Verfahren kann[h]) auf Antrag des Gemeinschuldners vor dem Ablaufe der Anmeldefrist[i]) eingestellt werden, wenn außer den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind[k]).

I. E. §. 192; II. E. §. 188; Pr. H. E. — Pr. K. O. — B. Pr. O. Art. 1317.

---

und v. Wilmowski S. 493 (welchem Petersen S. 496 u. v. Sarwey S. 828 wenigstens theilweise zustimmen) ist daher nur eine formale.

4) Dies ergiebt sich aus §. 188 Abs. 1 (zweiter Satz); denn wenn hier die Surrogirung der Zustimmung durch Sicherstellung nur bei nicht festgestellten Forderungen als zulässig erklärt wird, folgt, daß selbst eine vollständige Sicherung der festgestellten Gläubiger deren Zustimmung nicht ersetzt.

5) Vgl. zu §. 188 S. 647.

a. (Das Konkursverfahren).

I. Es steht selbstverständlich sowohl dem Gemeinschuldner selbst wie Dritten vollkommen frei, während des Konkursverfahrens Verhandlungen zu führen, um die Gläubiger zur Bewilligung einer Stundung, eines Nachlasses, überhaupt eines Arrangements zu bewegen, welches die Durchführung des Konkurses überflüssig macht. Allein diese Unterhandlungen haben auf den Fortgang des Verfahrens, sobald dieses einmal eröffnet ist, keinen Einfluß; der Richter und der Verwalter dürfen nicht die mindeste Rücksicht darauf nehmen, die gesteckten Fristen laufen fort, die Termine können nicht verschoben werden, insbesondere die Verwerthung der Masse geht unbehindert ihren Gang.

II. Die Schwierigkeit, nach den Vorschriften der Konkursordnung einen Zwangsvergleich zu erzielen, und die Folgen eines solchen für alle auch nicht angemeldeten Gläubiger können dazu führen, daß ein außergerichtliches[1]) Arrangement versucht werden wird. Es ist nicht nur zulässig, sondern auch zweckmäßig, ich möchte sagen, unerläßlich, daß hiebei eine Konvokation der Gläubiger eintritt. Diese kann von einem Anwalte oder einem Notar meines Erachtens ausgehen[2]). Rechtsverbindlich in der Art, daß den Nichterscheinenden irgend ein Präjudiz treffen könnte, sind solche Vorladungen aber nicht; auch können vom Gerichte selbst die Gläubiger ad hoc nicht zusammengerufen werden; wohl aber ist es zulässig, die zu anderem Zwecke berufene Gläubigerversammlung nach deren offiziellen Schlusse oder vor ihrer Eröffnung zur Erzielung eines Arrangements zu benützen.

Bei dem Versuche eines derartigen außergerichtlichen Arrangements fallen alle oben[3]) erörterten Beschränkungen, alle in den §§. 168 und 173 enthaltenen Verbote und die hinsichtlich des Zwangsvergleiches gegebenen Abstimmungsmodalitäten hinweg; es ist aber anderseits auch eine Majorisirung nicht zulässig, sondern es muß Einstimmigkeit erzielt werden[4]). Erst wenn eine solche erreicht, wenn das Arrangement geschlossen

---

1) Daß sich der Richter mit solchen „Debitwesen", „Vergleichsverfahren" u. s. w. nicht abgeben darf, ist schon oben Abth. II S. 179 ff. erörtert worden.

2) Aber nicht vom Gerichtsschreiber; auch, wie ich glaube — aus disciplinären Gründen — nicht von einem Gerichtsvollzieher.

3) Abth. II S. 634 ff.

4) In der Regel wird diese erst nach und nach durch allmähliche Abfindung oder sonstige Beruhigung der Dissentirenden gelingen.

ist, kann das Gericht mit der Sache befaßt werden[5]). Ein solcher Vergleich wirkt dann natürlich auch nur für diejenigen, welche ihn eingegangen haben.

b. (auf Antrag des Gemeinschuldners).

Von Amtswegen oder auch auf Verlangen des Verwalters und der Gläubiger kann natürlich ein einmal begonnenes Konkursverfahren sein Ende nicht finden; die Bestimmung des §. 11 der KO. bewirkt, daß der Gemeinschuldner den Antrag auf Beendigung stellen muß und daß sein Interesse vor Allem in Frage kommt. Die Vorschrift, daß der flüchtige Schuldner einen solchen Antrag nicht stellen könne, wie dies beim Zwangsvergleichsantrage der Fall ist, findet auf solche Anträge keine Anwendung.

c. (einzustellen).

Das Gesetz sagt in Abs. 1 des §. 182 abweichend von der in Abs. 2 und in §. 190 gebrauchten, dem Richter eine discretionäre Gewalt einräumenden Fassung: „das Verfahren ist einzustellen"; sobald also die gestellten Voraussetzungen eingetreten sind, muß der Konkurs sein Ende haben.

d. (nach dem Ablaufe der Anmeldefrist).

Die Anmeldefrist kann zwar nach §. 126 der KO. zwischen 3 Wochen und 3 Monaten bemessen werden. Allein, wenn sie einmal festgesetzt ist, so muß sie, wie sie nach §. 102 ursprünglich bestimmt wurde, abgewartet werden; es ist nicht zulässig, auf Antrag des Gemeinschuldners wegen vorliegenden Arrangements dieselbe nachträglich abzukürzen.

Nachdem das Gesetz den Zeitpunkt: „Ablauf der Anmeldefrist" ganz allgemein hinstellt, kann es auf die Zeit des Antrages des Gemeinschuldners nicht mehr ankommen. Wenn also dieser Antrag auch vor Ablauf der Anmeldefrist eingereicht worden ist, der Einstellungsbeschluß ist aber nicht vor dem Ablaufe erlassen, so kann nicht §. 188 Abs. 2, sondern es muß §. 188 Abs. 1 zur Anwendung kommen[6]).

e. (alle Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben).

I. Sobald die Anmeldefrist verstrichen ist, kommen für das Konkursverfahren nur diejenigen Gläubiger mehr in Betracht, welche ihre Forderungen angemeldet haben. Die übrigen Gläubiger sind zwar nicht präkludirt, sie können sich jederzeit nachträglich noch anmelden, allein solange sie dies nicht thun, muß angenommen werden, daß sie am Konkursverfahren keinen Antheil haben wollen. Sonach wird vom Gesetze mit Recht

---

5) Vorbehaltlich des Falles, daß durch Hinterlegung des Forderungsbetrages der Widerspruch neutralisirt wird.

6) Vgl. v. Wilmowski a. a. O. S. (317) 497 Note 2.

nach Ablauf der Anmeldefrist die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens nur von Seite der angemeldeten Gläubiger verlangt, von Seite dieser aber ohne Unterschied, ob sie sich innerhalb der Frist oder erst nachgängig gemeldet haben. Wenn also die Anmeldefrist am 1. Juli 1880 zu Ende gegangen war und am 1. August 1880 beantragt der Gemeinschuldner die Einstellung des Verfahrens, so kann er die Zustimmung auch jener Gläubiger nicht entbehren, welche sich etwa am 12. Juli, am 20. Juli und selbst am 1. August 1880 angemeldet haben. Aber auch diejenigen Gläubiger sind nicht zu übergehen, welche erst nach Stellung des Antrages auf Beendigung des Konkurses durch den Gemeinschuldner mit ihrer Anmeldung eingekommen sind, worüber §. 189 zu vergleichen ist.

II. Es muß vor dem Worte „angemeldet" das Wort: „in zulässiger Weise" gelesen werden. Nicht blos die faktische „Anmeldung", sondern die rechtlich gestaltete Anmeldung ist gemeint. Wenn ein Gläubiger eine nach §. 56 der KO. ausgeschlossene Forderung oder eine Forderung, welche offenbar gegen die Voraussetzung des §. 2 der KO. verstößt, angemeldet hätte, so wird der Konkursrichter im Falle des Abs. 1 ohnehin keine Sicherstellung fordern, im Falle des Abs. 2 aber auch ohne deren Zustimmung [7]) das Verfahren einstellen.

III. Form und Inhalt der Zustimmungserklärung ist vom Gesetze nicht vorgeschrieben. Was erstere betrifft, so hatte der I. E. in §. 192 Abs. 1 [8]) allerdings die Beibringung der Zustimmungserklärungen „in beglaubigter Form" verlangt. Allein der II. E. und in Folge dessen auch das Gesetz überläßt es den Betheiligten, ob sie Privat- oder Notariatsurkunden wählen wollen. Das „Beibringen" kann meines Erachtens auch so geschehen, daß der Gemeinschuldner den Gläubiger selbst beibringt, das heißt, daß der letztere sich zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt.

Es ergibt sich nun die Frage: hat der Richter die Befugniß, eine beigebrachte formell richtige Zustimmungserklärung zu beanstanden [9])? Ich

7) Ebenso v. Wilmowski S 491. Nur wird im Falle des Abs. 1, wenn (was indessen praktisch allerdings nicht vorkommen wird) weder der Verwalter noch ein Gläubiger gegen die angemeldete Forderung Widerspruch erhoben hätte, der Konkursrichter den Gläubiger nicht umgehen können. Vgl. unten bei f.

8) In Uebereinstimmung mit der Bayer. Prozeßordnung Art. 1317.

9) Z. B. der Gemeinschuldner bringt ein Dokument bei, in welchem der angemeldete Gläubiger Adam erklärt, er ertheile seine Zustimmung, daß das Konkursverfahren eingestellt werde. Kann der Richter sagen: „ich glaube nicht, daß das die Unterschrift des Herrn Adam ist"? v. Wilmowski S. (318) 492, Hullmann (a. a. O. S. 339) und Fitting §. 51 Note 4, sowie v. Sarwey S. 829 stimmen dem zu.

glaube nicht; der Grund, weshalb die im früheren Entwurfe enthaltene Vorbedingung einer beglaubigten Form hinweggelassen wurde, ist doch wohl der, daß durch die öffentliche Bekanntmachung des Antrages auf Einstellung des Verfahrens und durch Offenlegung der beigebrachten Zustimmungserklärungen auf der Gerichtsschreiberei das Interesse der Gläubiger hinlänglich gewahrt erscheint, und deshalb den Parteien weitere Umstände erspart bleiben sollen. Wenn nun aber der Richter, so oft er die Unterschrift nicht kennt[10]), befugt sein würde, eine Beglaubigung zu verlangen[11]), so wäre die Absicht des Gesetzes illudirt.

Entspricht freilich die beigebrachte Zustimmung auch formell nicht den Erfordernissen einer „Erklärung"[12]), so wird der Richter den Gemeinschuldner vor Allem zur Beseitigung der Mängel und Ergänzung des Fehlenden anhalten und im Nichtbeibringungsfalle den Antrag schließlich zurückweisen müssen[13]).

Was den Inhalt der beizubringenden Erklärung betrifft, so ist für diese vorgeschrieben, daß sie die Zustimmung des betreffenden Gläubigers zur Einstellung des Konkursverfahrens ausdrücken müsse. Diese Zustimmung kann ohne causa gefaßt sein[14]), sie kann den Grund der Zustimmung aussprechen[15]), sie kann aber auch stillschweigend als Befriedigungserklärung

---

10) Und wenn dies nicht der Fall ist, kann ja der Richter nie „der Ueberzeugung sein", daß die Zustimmung von Seite des Gläubigers wirklich ertheilt ist.

11) Keinenfalls dürfte der Richter (wie Hullmann meint) „eine Erklärung, deren Authentizität ihm aus besonderen Gründen zweifelhaft erscheint, nicht beachten."

12) Ist sie z. B. nicht unterschrieben, oder von einem Anderen als dem Gläubiger, ohne daß Vollmacht beiliegt, oder ist sie unverständlich, unleserlich, in sich widersinnig u. dgl.

13) Vgl. §. 189 lit. a.

14) „Ich erkläre hiemit meine Zustimmung dazu, daß das auf meinen Antrag eröffnete (oder das am 1. Juli l. J. eröffnete u. dgl.) Konkursverfahren gegen **Mathias Verlust** in Schwabing eingestellt werde".

Datum und Unterschrift.

15) „Nachdem **Mathias Verlust** meine in seinem Konkurse angemeldete Forderung nunmehr berichtigt hat, ertheile ich u. s. w."

oder

„Ich habe dem **Mathias Verlust** die von ihm an mich geschuldete Summe auf zwei Jahre gestundet und ertheile hiemit" u. s. w.

gegeben werden[16]). Aber auch in letzterem Falle ist nicht die Befriedigung, sondern die aus ihr gefolgerte Zustimmung das Wesentliche und Rechtswirksame[17]).

Ob nun der Inhalt der Erklärung zur Annahme einer Zustimmung Seitens des Gläubigers genügt, entscheidet das Gericht in analoger Anwendung der Vorschrift in §. 259 der Civ.-Pr.-O.

IV. Das Gesetz bedient sich des Ausdruckes „aller Konkursgläubiger". Der Verwalter, wenn er nicht selbst Konkursgläubiger ist, braucht seine Zustimmung nicht zu ertheilen[18]). Aussonderungsberechtigte haben kein rechtliches Interesse[19]) daran, ob das von ihnen prätendirte Recht, welches ja außerhalb des Konkurses ausgetragen wird, neben einem Konkursverfahren oder gegenüber einem wieder in Disposition stehenden Gemeinschuldner allein zu vertheidigen ist. Absonderungsberechtigte haben ihre Zustimmung zu ertheilen, soweit sie einen Ausfall nach §. 57 der KO. liquidirt haben.

Nachdem zur Abschließung eines Zwangsvergleiches die bevorrechtigten Gläubiger nicht beigezogen werden, mag hier bemerkt werden, daß bei einem sonstigen Vergleiche, also bei der Frage der Einstellung in Folge Zustimmung aller Betheiligten die bevorrechtigten Gläubiger wie alle übrigen zu behandeln sind. Denn nachdem im siebenten Titel eine dem §. 176 Abs. 2 der KO. ähnliche Vorschrift nicht enthalten ist, und die Einstellung des Verfahrens dem Gemeinschuldner nach §. 192 das Recht über die Masse zu verfügen wiedergibt, versteht sich von selbst, daß auch die bevorzugten Gläubiger ihre Zustimmung hiezu ertheilen müssen, da in diesem Falle für eine Hinauszahlung, wie sie beim Zwangsvergleiche und bei der Einstellung wegen ungenügender Masse unter Umständen eintreten kann, ein Raum nicht geboten erscheint.

---

16) „Ich bescheinige hiemit dem Mathias Verlust aus Schwabing, daß ich für meine in dem gegen ihn anhängigen Konkurse angemeldete Forderung von 1000 Mark vollständig befriedigt bin und nichts mehr zu fordern habe". Oder: „Nachdem Johann Gewinn aus Feldmoching die Schuld des Mathias Verlust von 1000 Mark als Selbstschuldner übernommen hat, ziehe ich hiemit meine Anmeldung in dessen Konkurs zurück".

17) Vgl. oben Einleitung S. 644.

18) Wohl aber sich gegen die Einstellung (vgl. §. 189) aussprechen.

19) Faktisch kann es allerdings von Bedeutung sein, ob dem Absonderungsberechtigten der Verwalter oder nur der Gemeinschuldner als Gegner gegenübersteht.

f. (deren Forderungen angemeldet aber nicht festgestellt sind).

Das Gesetz geht (durch den Ausdruck „aller") von dem Satze aus, daß die Einstellung des Verfahrens in der Regel nur bei vollkommenem Einverständnisse der Gläubiger stattfinden könne; der Widerspruch eines Einzigen genügt regelmäßig, um den nicht als „Zwangs"-Vergleich auftretenden Vergleich zu beseitigen. Dies Prinzip würde aber zum Unrecht führen, wenn gegen frivole Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung kein Hilfsmittel gegeben wäre. Ein solches gibt abgesehen von dem bei §. 188 Abs. 1 zu erwähnenden Mittel der zweite Satz in §. 188 Abs. 1 dadurch, daß derselbe dem Richter die Befugniß einräumt, die Zustimmung solcher Gläubiger zu surrogiren, deren Forderungen nicht feststehen. Und zwar kann entweder von der Zustimmung solcher Kreditoren ganz Umgang genommen werden, oder es kann der Richter eine Sicherstellung anordnen und dadurch die Zustimmung unnöthig machen. Es ist zu bemerken: daß sich diese Befugniß nur auf nicht festgestellte Forderungen erstreckt; wenn demnach lediglich der Gemeinschuldner die Forderung widerspricht, so genügt dies nicht, um den §. 188 Abs. 2 anzuwenden; für eine nach §. 132 Abs. 2 nur vom Gemeinschuldner „bestrittene" Forderung kann die Beibringung der Zustimmung bezw. die Sicherstellung nicht umgangen werden. Sobald die Gläubiger oder der Verwalter gegen einen Angemeldeten keinen Widerspruch erhoben haben oder dieser Widerspruch durch den Anmeldenden beseitigt ist, kann ohne dessen Zustimmung das Verfahren nicht mehr eingestellt werden; es wäre denn sein Anspruch durch Sicherstellung vollkommen gedeckt.

g. (entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen).

Diese Bestimmung ist in Parallele zu stellen mit §§. 87 u. 88 der KO. Bei Erörterung dieser Paragraphen[20]) sind bereits die Gesichtspunkte angegeben, von denen der Richter auszugehen hat; er soll natürlich das „freie Ermessen" nicht als „Willkür" ausüben, er muß (als billiger und gerechter Richter), wenn eine Forderung glaubhaft erscheint, ihr ein Zustimmungsrecht oder doch Sicherstellung gewähren. Das freie Ermessen entscheidet übrigens nicht blos, ob überhaupt Sicherheit geleistet werden soll, sondern auch, für welchen Betrag [21]) und in welcher Weise.

h. (kann).

I. Auch hier ist das freie Ermessen des Richters kein unbegränztes; es hat lediglich darüber zu entscheiden, ob noch Gläubiger als bekannt

---

20) Siehe oben Abth. II S. 126.

21) Vgl. das Abth. II S. 132 lit. f. gegebene Beispiel.

zu erachten sind außer denen, deren Zustimmung vorliegt. Dagegen „kann" der Richter, wenn er hiezu keinen genügenden Anhaltspunkt findet und also annehmen muß, daß alle bekannten Gläubiger auch wirklich zugestimmt haben, den Antrag nicht abweisen, sondern muß ihn instruiren.

II. Die Bestimmung im zweiten Satze des ersten Absatzes, daß unter Umständen die Zustimmung durch Sicherstellung ersetzt oder sogar bei offenbarer Frivolität ganz umgangen werden könne, halte ich in diesem zweiten Falle nicht für anwendbar [22]). Denn so lange der Prüfungstermin nicht stattgefunden hat, stehen alle Gläubiger gleich, es fehlt ein genügender Anhaltspunkt für den Richter, die eine Forderung hinter die anderen zurückzusetzen. Wenn also der Gemeinschuldner den Prüfungstermin nicht abwarten will, so bleibt ihm nichts übrig, als sich der Zustimmung aller bekannten Gläubiger, auch derjenigen, deren Forderungen er nicht anerkennen will, zu versichern. Bei vollständiger Sicherheit wird auch nicht wohl Jemand aus reiner Bosheit sich widersetzen.

i. (vor dem Ablaufe der Anmeldefrist).

Aber natürlich nicht vor der Ausschreibung derselben, weil ja sonst überhaupt ein Konkurs nicht vorhanden wäre, z. B. §. 102 der KO.

k. (andere Gläubiger nicht bekannt sind).

Wem? Dem Gerichte, welches sich aus dem vom Gemeinschuldner in Gemäßheit des §. 96 Abs. 2 der KO. eingereichten Gläubigerverzeichniß, aus den nach §. 107 der KO. vom Verwalter zu Handen genommenen Skripturen und Geschäftsbüchern des Kridars, aus den bisher eingelaufenen Anmeldungen und aus sonstigen Behelfen Kenntniß zu verschaffen hat.

---

§. 189.

Einstellungsverfahren.

Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen [a]) und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen [b]). Die Konkursgläubiger können binnen einer mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche [c]) Widerspruch gegen den Antrag erheben [d]). Im Falle des §. 188 Abs. 1 [e]) steht der

---

22) Entgegen den Motiven (zum II. E. S 436 unten), welche dies aber auch nicht allgemein aussprechen, sondern nur den „Widerspruch" (vgl §. 189) durch Hinterlegung oder Sicherstellung des vollen Betrages beseitigen lassen.

Widerspruch jedem Gläubiger zu [f]), welcher bis zum Ablaufe der Frist eine Forderung angemeldet hat.

Das Gericht beschließt über die Einstellung [g]) nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters [h]). Im Falle eines Widerspruchs ist auch der widersprechende Gläubiger [i]) zu hören [k]).

I. E. §. 193, 194 u. 195; II. E. §. 189; Pr. H. E. — Pr. KO.; — B. Pr. O. Art. 1316.

a. (Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen).

Die öffentliche Bekanntmachung muß im Amtsblatte und soll auch in den übrigen Blättern, in welchen etwa die Eröffnung des Konkurses ausgeschrieben worden ist, erfolgen. Eine Inserirung im Deutschen Reichsanzeiger ist nicht vorgeschrieben.

Es frägt sich nun: muß jeder eingereichte Antrag öffentlich bekannt gemacht werden, auch wenn er offenbar ungenügend unterstützt ist [1])? Nach dem Wortlaute des Gesetzes allerdings; der Richter kann sofort den Gemeinschuldner auf das Ungenügende aufmerksam machen und ihn auffordern, das Fehlende zu ergänzen, die Mängel zu verbessern, aber eine Abweisung a limine ist nicht als zulässig erklärt. Die Motive (zum II. E. S. 437) bemerken in dieser Hinsicht ausdrücklich: „Die Begrenzung der Interessenten und ihres Widerspruchs macht klar, daß über den Einstellungsantrag nicht ohne ein Verfahren mit den Interessenten, nicht im Wege bloßer Dekretur entschieden werden darf.“ Demohngeachtet glaube ich gerade aus diesen letzteren Worten eine gewisse Befugniß des Richters zu einer Art von Abweisung a limine ableiten zu können. Die öffentliche Bekanntmachung und die Niederlegung in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten kann offenbar nicht via facti vor sich gehen; es muß Seitens des Richters eine Dekretur erfolgen [2]).

Was das Gesetz und die Motive nicht wollen, ist nur die „Einstellung“ selbst durch Dekretur, dagegen ist wohl kein Hinderniß zu sehen, weshalb der Richter, anstatt die öffentliche Bekanntmachung zu dekretiren, dem Gemeinschuldner nicht sollte eröffnen können: „auf einen solchen ungenügenden Antrag hin kann ich das Einstellungsverfahren nicht einleiten.“ Es wäre dies ein Bescheid nach §. 66 der KO., gegen welchen dem Ge-

---

1) Z. B. hundert Gläubiger haben sich angemeldet, der Gemeinschuldner legt seinem Antrage nur fünf Zustimmungserklärungen bei.

2) Wenn auch nur nach der alten Formel: „fiat öffentliche Bekanntmachung und Hinterlegung.“ A. A. Fitting, welcher §. 51 Note 6 bemerkt: „die Zulassung erfordert keine besondere gerichtliche Entscheidung“

meinschuldner nach Abs. 3 dieses Paragraphen sofortige Beschwerde zustünde [3]).

b. (zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen).

Der Verwalter kann jedenfalls auch Einsicht nehmen und wenn der Gemeinschuldner dies wollte (vielleicht um sich von der Richtigkeit der Niederlegung zu überzeugen oder um Etwas in den Erklärungen nachzusehen), so wird ihm solches nicht verweigert werden können. Eine Sistirung des Verfahrens findet in Folge der öffentlichen Bekanntmachung und Niederlegung, wie schon mehrmals betont, nicht statt. Dagegen steht (nach den Motiven) dem Gerichte frei, auf Grund des §. 67 der KO. Ermittlungen anzuordnen, um sich zu vergewissern, ob der Antrag der Sachlage entspricht; nur soll durch diese die öffentliche Bekanntmachung selbst nicht aufgehalten werden.

c. (binnen einer mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche).

I. Die Frist endigt also mit Ablauf desjenigen Tages, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat [4]); also wenn die Frist am Montag anfing, endigt sie am Montag darauf Nachts 12 Uhr. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so gehört der nächstfolgende Werktag noch dazu [5]).

II. Es ist nicht anzunehmen, daß der §. 189 eine Ausnahme von der Regel des §. 68 machen und die Frist mit der Bekanntmachung selbst

---

3) Es wäre doch in hohem Grade unpraktisch, wenn der Richter jeden (z. B. den in Note 1 supponirten offenbar nie zu einem Ziele führenden) Antrag öffentlich bekannt machen und so nutzlose Arbeit und Kosten mit vollem Bewußtsein veranlassen müßte. Freilich läßt sich hiegegen sagen, daß nach der neuen Civilprozeßordnung auch hinsichtlich der Klageschriften keine richterliche Vorprüfung mehr stattfindet und jede, auch die frivolste und unbegründetste Klage öffentlich verhandelt werden muß. Allein immerhin ist für das Konkursverfahren eine Offizialthätigkeit in manchen Fällen gestattet, in welchen der gewöhnliche Parteiprozeß eine solche ausschließt. Ebenso v. Wilmowski S. 494.

4) Vgl. §. 200 der Civ.-Pr.-O.

5) Eine Verlängerung der Frist findet nicht statt; vgl. § 202 Abs. 2 der Civ.-Pr.O. Eine „Einspruchsfrist" ist die Frist (ohngeachtet des im Texte gebrauchten Ausdruckes: „Widerspruch") nicht; auch wegen unverschuldeter Unkenntniß der öffentlichen Ausschreibung kann daher Restitution (nach §. 211 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O.) nicht nachgesucht werden. Dagegen wird wegen Verhinderung des Widerspruchs durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle allerdings Wiedereinsetzung zu gewähren sein.

beginnen lassen will; vielmehr ist auch hier die Frist erst vom zweiten Tage nach der Ausgabe des die Einrückung enthaltenden Blattes zu berechnen.

d. (Widerspruch gegen den Antrag erheben).

Dieser Widerspruch wird schriftlich oder zu Protokoll erhoben werden können. Derselbe kann sich einfach auf das Verlangen der Abweisung beschränken; zweckmäßig aber wird es sein, wenn der widersprechende Gläubiger auch die Gründe anführt, weshalb er dem Antrage des Gemeinschuldners entgegentritt.

e) (Im Falle des §. 188 Abs. 1).

Der dritte Satz bestimmt, daß im Falle der Einstellungs-Antrag nach Ablauf der Anmeldefrist einkommt, dennoch auch solche Gläubiger noch berücksichtigt werden müssen, welche sich jetzt noch melden. Es ist aber nicht ein argumentum e contrario zuläßig; auch im Falle des §. 188 Abs. 2 haben solche Gläubiger, welche vor Einreichung des Antrags nicht angemeldet hatten und erst später innerhalb der Woche nach der öffentlichen Bekanntmachung sich melden, das Widerspruchsrecht. Die Bedeutung des dritten Satzes ist demnach hauptsächlich die, daß ein Gläubiger, welcher weder innerhalb der Anmeldefrist noch auch vor Ablauf der über den Einstellungsantrag laufenden Wochenfrist [6]) sich gemeldet hat, mit seinem Widerspruche ausgeschlossen ist.

f. (jedem Gläubiger).

Doch wohl nicht „jedem" Gläubiger überhaupt, sondern nur solchen, welche ihre Zustimmung nicht bereits ertheilt haben. Denn ich halte es — wenn nicht die allgemein civilrechtlichen Voraussetzungen zur Anfechtung oder Rücknahme einer Rechtshandlung vorliegen — nicht für zuläßig, daß der Gläubiger ohngeachtet seiner vom Gemeinschuldner beigebrachten Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens doch gegen den Antrag Widerspruch erhebt. Dagegen kann er Widerspruch gegen die Thatsache seiner angeblichen Zustimmung (also z. B. gegen die Echtheit der produzirten Urkunde und dergleichen) geltend machen. Ob er aber ohngeachtet seiner Zustimmung, und ohne diese als rechtsungültig nachzuweisen, wegen der Nichtzustimmung eines anderen Gläubigers Widerspruch erheben könne [7]), scheint mir zu bezweifeln; denn dieser Widerspruch berührt ja seine eigene Forderung in keiner Weise.

Daß der Gläubigerausschuß auch im Namen der nicht vertretenen

---

6) Nicht „innerhalb" dieser Frist; denn wer sich nach Ablauf der Anmeldefrist und vor Beginn der Frist zur Verhandlung des Einstellungsantrages gemeldet hat, wird auch berücksichtigt.

7) Wie v. Sarwey S. 882 u. Wilmowski S. 494 annehmen.

(z. B. weit entfernt wohnenden) Gläubiger Widerspruch erheben könne, wird in den Motiven besonders erwähnt.

Um chikanösen Widerspruch, der etwa dann vorkommen kann, wenn die angemeldete Forderung vom Gemeinschuldner nicht anerkannt werden will, zu beseitigen, oder um die Zustimmung entfernt wohnender, abwesender unbekannter Gläubiger zu ersetzen, kann die Deponirung des Schuldbetrages oder sonstige, aber vollständige Sicherstellung eintreten.

g. (Das Gericht beschließt über die Einstellung).

I. Das Gesetz will durch das über jeden Einstellungsantrag angeordnete Verfahren nur die Möglichkeit gewähren, daß eine vollständige Information des Gerichtes erzielt werde; keineswegs aber soll die Entscheidung an das Resultat der innerhalb der vorgesetzten Frist einkommenden Erklärungen gebunden sein. Das Gericht hat den Antrag von Amtswegen zu prüfen. Auch wenn kein Widerspruch erhoben wurde, der Richter überzeugt sich aber, daß die Zustimmung eines Gläubigers, der seine Forderung angemeldet hat, oder im Falle des §. 188 Abs. 2 eines Gläubigers, der nach Lage der Akten als „bekannt" anzusehen ist, fehlt, so weist er den Antrag ab.

II. Ein sofortiges Abweisen oder Einstellen ist nicht vorgeschrieben; das Gesetz bedient sich des Ausdruckes: „das Gericht beschließt über die Einstellung." Es können daher noch Erhebungen angeordnet, es kann z. B. dem Gemeinschuldner der Offenbarungseid abgenommen werden [8]), es kann insbesondere versucht werden, den eingelegten Widerspruch gütlich zu beseitigen, es kann auch der Gemeinschuldner zur Surrogirung einer mangelnden Zustimmung durch Sicherstellung veranlaßt werden.

Mit Rücksicht auf §. 191 wird der Einstellungsbeschluß schriftlich abzufassen sein; er kann indessen wohl auch am Ende der mündlich gepflogenen Verhandlung zu Protokoll niedergelegt werden. Der Beschluß, daß das Verfahren nicht einzustellen sei, welcher nicht öffentlich bekannt zu machen ist [9]), muß dem Gemeinschuldner entweder am Schlusse seiner „Anhörung" oder nach §. 69 zugestellt werden. Es steht ihm hiegegen die sofortige Beschwerde zu.

h. (nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters).

Das Gericht kann diese „Anhörung" auf schriftlichem Wege abfordern; es kann aber auch die Betheiligten zu mündlicher Verhandlung vorladen. Im Falle ein widersprechender Gläubiger zu hören ist, wird

---

8) Allerdings nach §. 114 nur auf Antrag.

9) Vgl. zu §. 191 lit. a. I.

diese letztere Modalität wegen der zu versuchenden gütlichen Vereinbarung jedenfalls die zweckmäßigste sein.

i. (Im Falle eines Widerspruchs ist auch der widersprechende Gläubiger).

Der Richter kann, wenn er dies für zweckentsprechend erachtet, sicherlich auch solche Gläubiger hören, die zwar nicht widersprochen haben, deren Zustimmung aber entweder vollständig fehlt [10]), oder ihrer Form oder ihrem Inhalte nach zu Zweifel Anlaß gibt.

k. (zu hören).

Mündlich oder schriftlich vgl. oben S. 24. Wem gegen den Beschluß auf Einstellung die Beschwerde zustehe, darüber wird bei §. 191 zu sprechen sein.

Es mag schließlich noch die Frage der Kostenpflicht erörtert werden. Nach §. 51 Ziff. 3—5 des Gerichtskostengesetzes ist bei Einstellung des Konkursverfahrens je nach der Zeit, in welcher dieselbe erfolgt [11]), eine dem Betrage der Aktivmasse entsprechende Werthgebühr zu entrichten. Diese Entrichtung obliegt natürlich dem Gemeinschuldner und es wird ihm die Masse nur nach Abzug der Gebühr hinausgegeben. Wird dagegen der Antrag nicht von Erfolg begleitet, so enthält das Gerichtskostengesetz keine besondere Bestimmung. Es ließe sich daran denken, daß §. 53 dieses Gesetzes, welches von Abweisung des Antrages auf Konkurseröffnung spricht, analog anzuwenden sei, und daß auch, dem §. 82 Ziff. 1 des Gesetzes entsprechend, der Gemeinschuldner zum Gebührenvorschusse bei Beantragung einer Einstellung anzuhalten wäre. Allein ich zweifle, ob dies angeht, obwohl ich nicht weiß, wie sonst im Falle einer Abweisung des Antrages die Kosten beizubringen wären, da doch hiefür die Masse nicht haften kann, und die Annahme, daß bei einer Zurückweisung des Antrages überhaupt keine Gebühr zu erheben komme, dahin führen müßte, daß die Gerichte von frivolen Gemeinschuldnern mit den ungenügendsten Einstellungsanträgen überhäuft würden [12]).

---

10) Insbesondere wird, wenn die Zustimmung auf Grund des §. 188 Abs. 1 (Satz 2) übergangen oder durch Sicherstellung ersetzt werden soll, der Betheiligte nicht wohl ohne Gehör gelassen werden können.

11) Wenn die Einstellung erfolgt a) vor Ablauf der Anmeldefrist: $^{8}/_{10}$; b) vor einer Vertheilung oder dem Vergleichstermine: $1^{3}/_{1}$; c) nachher: $1^{1}/_{2}$ der Gesammtgebühr, wie sie sich nach §. 8 des Gerichtskostengesetzes berechnet.

12) In Anlage J zum Entw. des Gerichtskosten-Ges. sind alle besonders zu taxirenden Bescheide aufgeführt, aber die Abweisung eines Einstellungsantrages ist nicht darunter.

§. 190.

Einstellung wegen zu geringer Masse.

Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen [a]), sobald sich ergiebt [b]), daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse [c]) nicht vorhanden ist [d]).

I. E. §. 196; II. E. §. 190; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B.Pr. O. —.

a. (Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen).

I. Es ist bereits oben zu §. 98 erörtert [1]) worden, daß wegen zu geringer Masse die Eröffnung des Konkurses überhaupt abgelehnt werden kann). Konsequent muß das Verfahren aber auch dann beendigt werden, wenn sich dieser Umstand erst nachträglich im Laufe des Konkurses ergibt oder als vorhanden erweist [2]).

Nach dem Wortlaute des Gesetzes erscheint es als gleichgiltig, ob die Masse erst durch ein späteres Ereigniß [3]) geschwunden ist oder ob man sich anfänglich in der Schätzung der Masse getäuscht hat; insbesondere kann aus dem Umstande, daß der Richter den Eröffnungsbeschluß erlassen und seitdem eine thatsächliche Aenderung der Sachlage sich nicht ergeben hat, nicht etwa eine Rechtskraft des Beschlusses, so daß eine Einstellung wegen Geringfügigkeit der Masse nicht mehr zulässig wäre, angerufen werden.

II. Die Einstellung erfolgt durch Beschluß; der Richter wird vor Erlassung desselben den Verwalter hören und kann wohl auch den Gläubigerausschuß und den Gemeinschuldner mit ihrer Ansicht einvernehmen. Ein förmliches kontradiktorisches Verfahren ist indessen weder vorgeschrieben noch zweckmäßig.

Ueber das Beschwerderecht siehe unten zu §. 191.

b. (sobald sich ergiebt.)

I. Hiemit ist ausgesprochen, daß die Einstellung des Verfahrens zu jeder Zeit und in jedem Stadium des Konkurses zulässig ist. Sogar noch

1) Abth. II S. S. 200.

2) Die Motive zum I. E. Bd. II. S. 181 begründen dies wie folgt: „Das Verfahren bis zu einer fingirten Schlußvertheilung durchzuführen, böte nicht den geringsten Vortheil, böte vielmehr den Nachtheil, den Gemeinschuldner noch länger in seiner Erwerbsthätigkeit zu hemmen, die Gläubiger und Dritten von neuen Geschäften mit ihm fern zu halten."

3) Das Haus, welches den Haupttbestandtheil der Masse bildet, brennt, bevor es versichert werden konnte, ab; die Aktien, auf welche man hauptsächlich gerechnet hatte, werden durch Bankerutt der betreffenden Bank werthlos u. dgl.

vor dem Prüfungstermine[4]) kann der Richter die Beendigung aussprechen. Natürlich — allein aus thatsächlichen Gründen[5]) — dann nicht, wenn eine Zwischen-Vertheilung oder die Schluß-Vertheilung bereits angesetzt ist.

II. Ferner deuten die obigen Worte an, daß der Richter lediglich auf die Thatsache und deren Feststellung hin die Einstellung zu beschließen befugt ist, und einen Antrag nicht abzuwarten braucht[6]). Der Richter verfährt demnach von Amtswegen. Da es im Gesetze heißt: „er kann", nicht: „er muß", so ist ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner oder ein Gläubiger das Obergericht wegen der Nichteinstellung anruft[7]).

Eine Aussetzung oder Sistirung des Verfahrens, um etwa eine Abschätzung behufs Feststellung der Frage, ob genügende Masse vorhanden sei, vorzunehmen, kann der Richter nicht verfügen[8]).

III. Das Gesetz sagt: „sobald sich ergiebt"; es muß also die Insuffizienz der Masse thatsächlich feststehen. Der Richter kann nicht auf weite Entfernungen hinaus Kosten und Masseansprüche veranschlagen und daraufhin das Verfahren einstellen; er kann namentlich nicht dahin argumentiren: „es ist zwar jetzt noch Geld genug da; aber wenn ich nun das Verfahren fortsetze und es würden sich vielleicht große Kosten ergeben, so könnte möglicherweise doch die Masse nicht zureichen."

c. (eine den Kosten des Verfahrens nicht entsprechende Konkursmasse).

Die Motive (zu beiden Entwürfen) umschreiben diese Worte: „wenn die Konkursmasse nicht den Kosten entspricht, so daß für die vorrechtslosen Konkursgläubiger Nichts[9]) übrig bleibt." Hienach kann das Verfahren auch dann eingestellt werden, wenn zwar die Kosten des Verfahrens

---

4) Vorausgesetzt, daß überhaupt keine Masse vorhanden ist; wenn aber Etwas da ist, der Richter glaubt jedoch, dies werde von den Kosten und den bevorrechtigten Gläubigern allein schon aufgezehrt, so muß er allerdings warten, bis er hierin klar sieht. Vgl. Note 12.

5) Denn der Umstand, daß Etwas zum „Vertheilen" da ist, schließt ja die Voraussetzung, daß „Nichts da ist", schon aus.

6) Dies ergibt sich zur Evidenz daraus, daß der I. E. die Worte enthielt: „auf Antrag des Verwalters und Gläubigerausschusses" und dies in den Motiven damit begründet wurde, daß hiedurch ein förmliches Urtheil des Gerichtes überflüssig werde. Der II. E. ließ die obigen Worte hinweg und die Motive bemerken: „eines besonderen Antrages bedarf es nicht."

7) Dies könnte er z. B. in der Weise, daß er die Einstellung beantragt und gegen Abweisung seines Antrages Beschwerde ergreift.

8) Vgl. oben Abth. II S. 201.

9) Die Motive zum I. E. sagen: „nicht das Geringste".

vollständig gedeckt sind, wenn sogar die bevorrechtigten Gläubiger Befriedigung finden werden, wenn aber für die übrigen Nichts[10]) übrig bleibt.

Es ist dies bestritten worden[11]) und zwar im Hinblicke auf die Motive zu §. 99 der KO. Allein hiebei wird übersehen, daß die Sachlage bei Eröffnung des Konkurses eine wesentlich andere ist. Wenn das Verfahren erst beginnt, kann natürlich deshalb, weil voraussichtlich nur die bevorrechtigten Gläubiger Etwas erhalten werden, der Richter nicht den Gemeinschuldner im Besitze seines Vermögens belassen und die Gläubiger gleichsam rechtlos stellen. Allein sobald das Verfahren so weit gediehen ist, daß bevorrechtigte Gläubiger vorhanden sind (und dies setzt ja voraus, daß deren Forderungen angemeldet und festgestellt sind[12]), tritt die Vorschrift des §. 157 ein; es bedarf keines weiteren Verfahrens, keiner Schlußvertheilung 2c., sondern der Verwalter befriedigt die bevorrechtigten Gläubiger aus dem Vorhandenen ohne weitere Umstände[13]).

Daß zu den „Kosten des Verfahrens" natürlich alle Masseansprüche gehören, bedarf kaum der Erwähnung.

d. (nicht vorhanden ist).

Es ist bereits früher[14]) die Ansicht vertreten worden, daß es jedem Gläubiger freisteht, durch Erlegung der Kosten den Richter zur Umgangnahme von der Rücksicht auf die Geringfügigkeit der Masse anzuhalten.

---

10) Die Aenderung des „nicht das Geringste" in das einfache „Nichts" (vergl. vorige Note) möchte ich dahin deuten, daß mit richtigem praktischen Sinne der Gesetzgeber eine im Verhältnisse zur Schuldenmasse offenbar und völlig ungenügende Konkursmasse bereits als Anlaß zur Einstellung angesehen wissen will. Soll man ein Verfahren durchführen, wenn die Forderungen der Gläubiger eine Million betragen und nach Abzug der voraussichtlichen Kosten die Masse aus einem Fünfmarkstücke bestehen wird?

11) Hullmann S. 340.

12) Hierin liegt die Gränze; die Befugniß, in den Formen des Konkursverfahrens ihre Feststellung zu begehren, kann den bevorrechtigten Gläubigern nicht entzogen werden; sonach kann vor Abhaltung des Prüfungstermines die Einstellung unter der hier erörterten Voraussetzung allerdings nicht stattfinden, vgl. Note 6.

13) Ebenso Petersen S. 501, v. Sarwey S. 835, Stieglitz S. 676. Daß aber ohne Befriedigung und Sicherstellung der bevorrechtigten Gläubiger, wenn auch nur zur theilweisen Deckung derselben Masse vorhanden ist, die Einstellung nicht erfolgen darf, darin hat v. Wilmowski S. 496 vollkommen Recht.

14) Abth. II S. 203 Ziff. V.

§. 191.

Bekanntmachung des Einstellungsbeschlusses.

Der Einstellungsbeschluß[a]) und der Grund der Einstellung[b]) sind öffentlich bekannt zu machen[c]).

Die Vorschriften der §§. 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung[d]).

I. E. §. 197; II. E. §. 191; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Der Einstellungsbeschluß).

I. Als „Einstellungsbeschluß" ist wohl nur der Beschluß „auf Einstellung" zu erachten. Der Beschluß, daß das Verfahren nicht einzustellen, daß der Antrag des Gemeinschuldners abzuweisen sei, ist kein „Einstellungsbeschluß." Muß aber nicht auch dieser durch öffentliche Bekanntmachung den Gläubigern[1]) publizirt werden? Nachdem in §. 129 vorgeschrieben ist, daß jeder Antrag des Gemeinschuldners auf Einstellung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen sei, könnte es insbesondere für diejenigen Gläubiger, welche ihre Zustimmung zu dem Antrage ertheilt haben, nothwendig erscheinen, daß sie über das weitere Schicksal des Antrags unterrichtet werden. Allein hiegegen ist darauf aufmerksam zu machen, daß die Instruirung eines Antrages auf Einstellung den Fortgang des Konkursverfahrens nicht hemmt, daß also die Gläubiger, auch wenn sie durch die öffentliche Bekanntmachung erfahren haben, es liege ein solcher Antrag vor, nicht in die Lage versetzt sind, mit Vertretung ihrer Ansprüche bis auf Weiteres zuzuwarten. Sie müssen, einerlei ob ein derartiges Gesuch des Gemeinschuldners in Mitte liegt oder nicht, die Fristen des Konkurses, wie sie anfänglich ausgeschrieben waren, beobachten, an den Terminen erscheinen u. s. w. Es ist also wohl eine Nothwendigkeit vorhanden, sie in Kenntniß zu setzen, wenn der Antrag genehmigt wird, weil dann das Verfahren eingestellt wird, aber nicht wenn die Abweisung erfolgt, weil ja dann in der Sachlage sich Nichts ändert.

II. Die Form des Einstellungsbeschlusses wird sich der oben[2]) für die Aufhebungsbeschlüsse angegebenen möglichst anzuschließen haben und daher etwa lauten:

---

1) Daß er dem Gemeinschuldner publizirt werden muß, ist klar, vgl. oben zu §. 189 Note 8.

2) Abth. II S. 478.

Das k. Amtsgericht München
beschließt in der Konkurssache des Mathias Verlust von Schwabing, nachdem u. s. w.[3])
es sei das am 14. Januar l. J. eröffnete Konkursverfahren über das Vermögen des Mathias Verlust einzustellen.
München, den 10. Mai 1880."
(Unterschrift des Amtsrichters.)

III. Gegen den Einstellungsbeschluß findet die sofortige Beschwerde nach der allgemeinen Regel des §. 66 Abs. 3 der KO.[4]) statt. Der Gemeinschuldner wird selten ein Interesse nachweisen können, gegen die Einstellung als solche aufzutreten[5]), wohl aber kann er sich durch die ihm auferlegte Sicherstellung beschwert fühlen. Dem Verwalter wird ein Beschwerderecht nicht versagt werden können, weil er das Interesse aller, daher auch der nichtvertretenen Gläubiger wahrzunehmen hat. Von den Gläubigern wird formell keiner auszuschließen sein; materiell aber läßt sich wohl bei einem Gläubiger, welcher zugestimmt hat, eine Beschwerde nicht recht denken[6]). Die Versagung des Stimmrechtes im Falle des §. 188 Abs. 1 (zweiter Satz), die Uebergehung eines Gläubigers als unbekannt im Falle des §. 188 Abs. 2, die angeblich ungenügende Sicherstellung — alle diese Beschwerden können nur im Wege der Anfechtung des Einstellungsbeschlusses selbst zum Austrage gebracht werden.

Eine der Vorschrift in §. 182 Abs. 2 analoge Bestimmung findet sich hier nicht; es kann also auch derjenige Gläubiger den Beschluß mit Beschwerde anfechten, welcher den Widerspruch im Verfahren hätte erheben können und ihn unterlassen hat[7]). In Folge dessen sind auch diejenigen Gläubiger nicht präkludirt, welche bis zum Ablaufe der in §. 189 bezeichneten Frist sich nicht gemeldet hatten oder bis zur Beschlußfassung

---

3) Die einzelnen hier einzusetzenden Gründe siehe unten lit. b.

4) Vgl. oben Abth. II S. 28 ff.

5) Doch wäre es denkbar, wenn die Einstellung nach §. 190 erfolgt.

6) Die Rechtslehrer sind hier sehr verschiedener Ansicht. Die meisten unterscheiden. Im Falle die Einstellung wegen Zustimmung sämmtlicher Gläubiger erfolgt, sprechen Fitting § 51 Note 22, v. Sarwey S. 834, Stieglitz S. 675, v. Wilmowski S. 495 dem Verwalter das Beschwerderecht ab. Im Falle die Einstellung beschlossen wird wegen zu geringer Masse, wollen Fitting § 51 Note 24, Stieglitz S. 677 dem Verwalter, nicht aber dem Gemeinschuldner, v. Wilmowski S. 496 beiden die Beschwerde gestatten.

7) A. A. v. Sarwey S. 834, Stieglitz S. 675. Fitting § 51 Note 22 will einen solchen unter Umständen als Nebenintervenient zulassen.

unbekannt geblieben waren. Das Obergericht hat aber die in §. 188 Abs. 1 (zweiter Satz) eingeräumte diskretionäre Gewalt hinsichtlich der verspätet angemeldeten Forderungen gleichfalls. Es kann also den Widerpruch des Beschwerdeführers als unbeachtenswerth erklären oder den Gemeinschuldner zur Sicherheitsleistung zulassen.

b. (der Grund der Einstellung).

Der Grund der Einstellung kann einen vierfachen Inhalt haben; er kann dahin formulirt werden[8]):

1) nachdem die Anmeldefrist abgelaufen und sämmtliche Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet hatten, ihre Zustimmung erklärt haben;

oder

2) nachdem die Anmeldefrist abgelaufen und sämmtliche Konkursgläubiger, deren angemeldete Forderungen festgestellt sind, ihre Zustimmung erklärt haben, während diejenigen Forderungen, welche zwar angemeldet, aber nicht festgestellt wurden, genügend sichergestellt erscheinen[9]);

oder

3) nachdem die Anmeldefrist zwar noch nicht abgelaufen ist, allein sämmtliche dem Gerichte bekannten Gläubiger ihre Zustimmung erklärt haben;

oder

4) nachdem sich ergeben hat, daß die gesammte Masse lediglich ...... beträgt[10]) und sonach zu besorgen ist, daß bei Fortsetzung des Verfahrens die hiedurch erwachsenden Kosten aus der Masse nicht gedeckt sein würden.

c. (sind öffentlich bekannt zu machen).

Es finden hier dieselben Vorschriften Anwendung, welche oben[11])

---

8) Ich habe im Reichsanzeiger folgende verschiedene Fassungen gefunden:

das Konkursverfahren über das Vermögen des A wird, nachdem derselbe den Antrag auf Einstellung des Verfahrens eingereicht und die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beigebracht hat, eingestellt;

nachdem sämmtliche Gläubiger ihre Forderungsanmeldungen zurückgezogen haben, wieder aufgehoben;

auf dessen Antrag und mit Zustimmung aller Gläubiger gemäß §. 188 der KO. eingestellt;

auf Grund des §. 188 der KO. durch heutigen Beschluß eingestellt.

9) Dies wird meines Erachtens unter namentlicher Bezeichnung der Gläubiger zu formuliren sein.

10) Allenfalls unter Aufführung der einzelnen Bestandtheile und ihres Werthes.

11) Abth. II S. 480 ff.

in Betreff des Aufhebungsbeschlusses erörtert wurden; insbesondere daß die Bekanntmachung in der Regel außer dem Amtsblatte in denselben Blättern zu erfolgen hat, in welchen etwa die Eröffnung ausgeschrieben worden war; desgleichen, daß die Einstellung Dritten gegenüber vom Ablaufe des zweiten Tages an nach dem Erscheinen des Blattes, in welchem der Beschluß abgedruckt ist, dem Gemeinschuldner gegenüber aber schon vor der Rechtskraft des Beschlusses an ihre Wirkung äußert.

d. (entsprechende Anwendung).

Die angezogenen Vorschriften verfügen: auszugsweise Einrückung im Deutschen Reichsanzeiger [12]), Abschriftsmittheilung an die Behörden für die Führung des Handels- und Genossenschafts- oder ähnlicher Register und an die Dienstbehörden des Gemeinschuldners; endlich Einschreibung in das Grund- und Hypothekenbuch, soferne die Landesgesetze diese Einschreibung verfügen [13]).

---

§. 192.

Verfügungsrecht über die Masse.

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück [a]), über die Konkursmasse frei zu verfügen [b]).

Die Vorschriften des §. 152 finden entsprechende Anwendung [c]).

I. E. §. 201, 202; II. E. §. 192; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück).

Die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners in sein Verfügungsrecht erfolgt nicht durch einen gerichtlichen Akt, sie tritt vielmehr von Rechtswegen ein, und zwar mit der Veröffentlichung des Beschlusses bez. mit der Verkündung an ihn. Da nun aber, bevor der Gemeinschuldner in

---

12) Die Ansicht Dernburgs Bd. II S. 693, daß dieß nicht nöthig sei, ist offenbar unrichtig.

13) Ich glaube indessen, daß hier eine gewisse Modifikation der landesgesetzlichen Bestimmungen durch die KO. immerhin anzunehmen ist. Wenn nämlich die Landesgesetze vorschreiben, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen sei, so muß meines Erachtens, auch wenn die Landesgesetze nicht vorschreiben, daß die Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens einzutragen sei, doch diese Eintragung und zwar auf Grund der konkursrechtlichen Vorschriften in §§. 151, 175 und 191 erfolgen.

sein Recht zurücktritt, der Verwalter Rechnung gelegt haben muß, und die Massegläubiger, welche auch in diesem Falle nicht an den Gemeinschuldner verwiesen werden können[1]), entweder befriedigt oder doch sichergestellt sein müssen, so ergibt sich, daß das Gericht den Einstellungsbeschluß nicht erlassen soll, bevor der Verwalter nachweist, daß die Masseansprüche (im Falle der Einstellung wegen zu geringer Masse eventuell auch die bevorrechtigten Konkursgläubiger) befriedigt sind, und bevor die Schlußrechnung zu Gerichtshanden gekommen ist. Dieselbe wird auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht aufzulegen und allenfallsige Einwendungen der Betheiligten zu bereinigen sein.

b. (über die Konkursmasse frei zu verfügen).

Selbstverständlich wird diese Bestimmung nur für den Fall der Einstellung wegen Befriedigungserklärung aller Gläubiger von Bedeutung.

c. (finden entsprechende Anwendung).

Auch bei Einstellung des Verfahrens erhalten die Gläubiger das Recht freien Zugriffs auf das Vermögen des Gemeinschuldners und die Eintragung der Feststellung einer Forderung in der Tabelle gewährt einen Vollstreckungstitel. Vgl. hierüber die Erläuterungen oben Abth. II. S. 484.

---

1) Vgl. Abth. I S. 591.

Achter Titel.

Besondere Bestimmungen.

„In Theorie und Gesetzgebung ist die Unterscheidung hergebracht zwischen Universal= und Partikularkonkurs. Die Allgemeinheit des Konkursverfahrens macht es zur Regel, daß dasselbe das gesammte exekutionsfähige Vermögen des Gemeinschuldners zum Gegenstand hat, ein solcher regelmäßiger Konkurs wird Universalkonkurs genannt. Ihm werden die Fälle des Partikularkonkurses entgegengestellt, in welchem ausnahmsweise das Verfahren sich auf einen Theil des dem Gemeinschuldner gehörigen, der Exekution unterworfenen Vermögens beschränkt, und zwar wird entweder kraft eines Absonderungsrechtes dieser Theil aus dem die Universalkonkursmasse bildenden Gesammtvermögen des in Konkurs befindlichen Schuldners losgetrennt, oder es bleibt dann das übrige Vermögen des Schuldners frei, ohne daß neben dem Partrikularkonkurs ein anderes Konkursverfahren hergeht." (Motive.)

Es ist bereits in der allgemeinen Einleitung[1]) im Allgemeinen besprochen, weßhalb diese Unterscheidung in der Deutschen Konkursordnung nicht durchgeführt wurde, und daß mit Recht, sobald einmal die Frage entschieden ist, welche Vermögenstheile zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger, und welche nur zur Deckung für gewisse einzelne Forderungsberechtigte herangezogen werden können, in Bezug auf diese Befriedigung im Falle der Unzulänglichkeit kein weiterer Unterschied gemacht wird[2]).

---

1) Abth. I. S. 8 und 42.

2) Im Gemeinen Rechte werden als Fälle des Partikular-Konkurses aufgezählt das Verfahren zur Befriedigung:

a) von Real=, Bergwerks= und Lehensgläubigern;

b) von Erbschaftsgläubigern und Gläubigern des Erben;

c) von Gläubigern verschiedener Handlungsetablissements und Gläubigern von Handelsgesellschaften;

d) von Gläubigern eines ausländischen Schuldners aus dem im Inlande befindlichen Vermögen desselben.

Der I. E., welcher (Motive Bd. I S. 24 und 25 und Bd. II S. 201)

„Der Begriff und die Lehre vom Partikularkonkurse — sagen die Motive — ist rein theoretisch, ohne jede praktische Bedeutung. Die Theorie ist auch darüber einig, daß ein Partikularkonkurs an sich keine andere Behandlung bedingt, als ein Universalkonkurs. Dieselben Bestimmungen, welche für diesen gelten, finden im Allgemeinen auf die sogenannten Partikularkonkurse Anwendung; und umgekehrt sind einzelne besondere Vorschriften nothwendig, sowohl für Fälle eines Universal- wie eines Partikularkonkurses."

Die Ausnahmsvorschriften nun, welche für einige besonders geartete Fälle eines Konkursverfahrens erforderlich sind, bilden den Inhalt des achten Titels. Sie betreffen:

I. Das Konkursverfahren über Handelsgesellschaften und Genossenschaften;

II. das Konkursverfahren über einen Nachlaß;

III. das Verfahren über das inländische Vermögen eines Ausländers.

Nach dieser Reihenfolge behandeln zuvörderst in der ersten Gruppe die §§. 193 und 194 die Aktiengesellschaften, die §§. 195, 196 und 197 die Genossenschaften[3]) und die §§. 198—201 die Handelsgesellschaften. Die §§. 202—206 geben für den Konkurs über einen Nachlaß einzelne Vorschriften und in den §§. 207 und 208 werden verschiedene Grundsätze aufgestellt, die bei einem Konkurse, der im Auslande stattfindet, in Bezug auf das inländische Vermögen beobachtet werden sollen, wobei insbesondere auch der Gerichtsstand des selbstständigen Handels- oder Wirthschaftsetablissements zur Sprache kommt.

---

zwischen eigentlichem Spezialkonkurs und Partikularkonkurs unterschied, hatte im dritten Buche „besondere Bestimmungen über das Gemeinschuldverfahren an Theilmassen" aufgestellt. Die Motive zum II. E. (S. 440) erörtern sehr treffend, daß der Fall Nr. 1 überhaupt nur ein Separationsrecht, die Absonderung eines Objektes für die auf dem Objekte haftenden Schulden betreffe; daß der Fall Nr. 2 weder zu einem Absonderungsrechte noch zu einem Partikularkonkurse Anlaß gebe; daß auch in den Fällen unter Nr. 3 der Umstand, daß der Gemeinschuldner nicht ein Individuum ist, den Konkurs zu einem spezifisch andern nicht mache, und daß endlich der Fall Nr. 4 deshalb für den Partikularkonkurs sich nicht eigne, weil das inländische Vermögen eines Gemeinschuldners in keiner Weise als „juristisch" geschiedener Vermögenstheil betrachtet werden könne

3) Diese Paragraphen finden nach §. 6 des Einf.-Gesetzes auf Vereine und registrirte Gesellschaften, welche auf Grund der Bayerischen Gesetze v. 23. April 1869 bestehen, entsprechende Anwendung.

I. Konkurs über das Vermögen von Handelsgesellschaften und Genossenschaften.

§. 193.

Voraussetzung der Konkurseröffnung über eine Aktiengesellschaft. Zwangsvergleich.

Ueber das Vermögen einer Aktiengesellschaft[a]) findet das Konkursverfahren[b]) außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung[c]) statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft[d]) ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist[e]).

I. E. —; II. E. §. 193; Pr H. G. Art. 940; Pr. KO. §§. 281—285, 325; B. Pr. O. —.

§. 194.

Besondere Bestimmung über Berechtigung zum Antrag auf Konkurseröffnung, über Vertretung der Gesellschaft.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator[f]) berechtigt[g]).

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt[h]), so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maßgabe des §. 97 Abs. 2, 3 zu hören[i]).

I. E. —; II. § 194; Pr H. G. Art. 943; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Ueber das Vermögen einer Aktiengesellschaft).

I. „Aktiengesellschaft" ist nach Art. 207 des A. D. HGB.[1]) eine Handelsgesellschaft, wenn sich die sämmtlichen Gesellschafter nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften[2]). Die Aktien-Kommanditgesellschaften, bei welchen das letztere Moment (vgl. z. B. Art. 184 des A. D. HGB.) nicht vollständig zutrifft, gehören nicht hieher, sie sind mit den offenen Handelsgesellschaften in §. 198 der KO. zusammengestellt.

---

1) Das A. D. HGB. wird hier stets in der Redaktion des Gesetzes vom 18. Juli 1884 zitirt.

2) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. II Abs. 2 (zweite Aufl.) S 270 ff.

II. Das Gesetz macht keinen Unterschied in Betreff der einzelnen Aktiengesellschaften; die Bestimmungen der §§. 193, 194 finden daher Anwendung, gleichviel, welchen Zweck eine solche Gesellschaft verfolgt. Insbesondere sind daher auch die Eisenbahngesellschaften im Falle einer Ueberschuldung lediglich nach den Vorschriften der Konkursordnung zu behandeln.

Bei Berathung des Gesetzes[3]) hatte zwar Abg. Kochann zu obigem Paragraphen einen dritten Absatz folgenden Inhaltes vorgeschlagen:

„Bezüglich des Konkursverfahrens über das Vermögen einer Eisenbahn-Aktiengesellschaft besondere Bestimmungen im öffentlichen Interesse zu erlassen, bleibt der Landesgesetzgebung überlassen[4]).

Allein dieser Antrag wurde abgelehnt, „weil es nicht rathsam sei, eine so wichtige Frage der Partikulargesetzgebung anheimfallen zu lassen, weil eine Regelung des Konkursrechtes allein, ohne zugleich die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung an Eisenbahnen zu ändern, offenbar nicht genügen könne, und endlich, weil der Konkurs über eine bankerotte Eisenbahn zwar allerdings unleugbar große Schwierigkeiten biete, aber doch nicht größere als bei Konkursen über andere große industrielle Unternehmungen einträten[5])."

b. (findet das Konkursverfahren statt).

I. Mit Ausnahme der in §. 194 über die Antragstellung auf Konkurseröffnung getroffenen besonderen Vorschrift kommen alle Bestimmungen der Konkursordnung auf den Konkurs der Aktiengesellschaft zur Anwendung[6]), insbesondere also auch die Paragraphen des Buch II Titel 6 vom Zwangsvergleich.

Die Pr. KO. folgte hierin einem anderen System, sie ließ in §. 285 einen solchen Zwangsvergleich nicht zu, davon ausgehend[7]), „daß durch die Konkurseröffnung die Gesellschaft aufgelöst werde und die Persön-

---

3) In zweiter Lesung, vgl. K. Prt. S. 187–190.

4) Motive: Solche Aktiengesellschaften hätten einen außerordentlichen Umfang; die gewöhnliche Zwangsvollstreckung passe nicht auf den Bahnkörper, die Bahnhöfe rc.; die Reichsgesetzgebung habe sich aber damit nicht zu befassen, weil es nicht in allen deutschen Staaten solche Gesellschaften gebe.

5) In Folge der seither eingetretenen Verstaatlichungen der Privateisenbahnen hat die Frage ihr praktisches Interesse so ziemlich verloren.

6) Zuständig ist das Amtsgericht des Ortes, wo sich der nach Art. 209 des A. D. HGB. im Gesellschaftsvertrage zu bezeichnende Sitz der Gesellschaft befindet.

7) Nach den Motiven zum Pr. H. E. S. 514.

lichkeit des Gemeinschuldners für die Folge zu existiren aufhöre, zwischen den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern kein persönliches Schuldverhältniß für die Verbindlichkeit der Gesellschaft bestehe, und deshalb — sowie wegen der faktischen Schwierigkeiten — von einer Akkordschließung unter ihnen nicht füglich die Rede sein könne. Im Uebrigen aber sollte ein außergerichtlicher Vergleich nicht ausgeschlossen sein." Diese Gründe treffen aber, nachdem das A. D. HGB. einen wesentlich verschiedenen Begriff von dem Subjekte einer Aktiengesellschaft aufgestellt hat, nicht mehr zu [8]).

Wenn nun auch im Allgemeinen die Grundsätze über den Zwangsvergleich im Konkurse über Aktiengesellschaften gleichfalls Anwendung finden, so sind doch im Einzelnen gewisse Modifikationen zu erwähnen, welche durch die Natur der Sache sich ergeben. An Stelle des in §§. 160, 163, 174 und 177 der KO. genannten „Gemeinschuldners" tritt der Vorstand oder die Liquidatoren (als Gesammtheit); der Vorschlag zum Zwangsvergleich muß von ihnen ausgehen, ebenso die Zurückziehung eines solchen Vorschlages; die Beschwerde steht dem Vorstande zu; die Masse wird nach bestätigtem Zwangsvergleich an ihn zurückgegeben. Dagegen ist die Surrogirung in Betracht des in §§. 162 und 183 genannten „Gemeinschuldners" durch den Vorstand meines Erachtens nicht zulässig. Ich glaube nicht, daß der Zwangsvergleich der Aktiengesellschaft mit den Konkursgläubigern ausgeschlossen erscheint, weil ein Vorstandsmitglied flüchtig gegangen ist oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert [9]); ich glaube auch nicht, daß die strafrechtliche Verfolgung des Vorstandes

---

8) Die Motive zum II. E. (S. 444) erörtern dies, sowie die praktischen Erwägungen, welche legislativ in das Gewicht fallen, ausführlich; für die Anwendung des Gesetzes, wie es nun liegt, bieten indessen diese Darlegungen kein Material.

9) In diesem Punkte habe ich nicht die Zustimmung aller Rechtslehrer gefunden. v. Sarwey S. 844 schließt den Zwangsvergleich aus, wenn die Direktoren der Gesellschaft oder einige derselben flüchtig sind und es wollen Fitting §. 52 Note 11, Stieglitz S. 282 und v. Wilmowski S. 502 wenigstens die Verweigerung der Eidesleistung durch den Vorstand als den Zwangsvergleich für die Gesellschaft ausschließend erklären. Stieglitz beruft sich zur Motivirung seiner Ansicht auf v. Savigny (System Bd. II S. 517 ff.). Allein ich halte den Ausschluß des Zwangsvergleichs wegen Verweigerung des Offenbarungseides nicht für eine civilprozessuale Folge, sondern für eine Deliktsstrafe und diese trifft nicht die durch den Vorstand repräsentirte Gesellschaft.

einer Aktiengesellschaft irgend einen Einfluß auf die Befugniß dieser Gesellschaft zum Abschluß eines Zwangsvergleiches ausüben könne.

Sehr kritisch scheint mir die Anwendung der §§. 173 Ziff. 1 und 182 der KO. Ich möchte der Ansicht mich anschließen, daß in diesen Fällen nicht blos die Handlungen des Vorstandes, sondern die Handlung jedes einzelnen Mitgliedes, ja sogar jedes Aktionärs der Gesellschaft präjudizire. Die praktische Anwendung wird hier allerdings kaum eine Schwierigkeit finden, denn es wird ein auf diese Art zu Stande gekommener Akkord wohl auch regelmäßig unter die Ziff. 2 des §. 173 zu subsumiren sein.

c. (außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung).

Es ist zu §. 94 der KO. erörtert worden [10]), weshalb die Ueberschuldung allein zur Eröffnung eines Konkurses nicht genügen könne, sondern eine Zahlungsunfähigkeit, wenn nicht förmliche Zahlungseinstellung hinzutreten müsse. Bei der Aktiengesellschaft [11]) kann dieser Grundsatz wegen des Mangels einer jeden persönlichen Haftung nicht Platz greifen [12]). Allerdings ist die Konkurseröffnung natürlich auch dann zulässig, wenn die Aktiengesellschaft die Zahlungen einstellt; aber man braucht hierauf nicht zu warten. Sobald die aufgestellte Bilanz erweist, daß die

---

10) Vgl. oben Abth. II S. 162 ff.

11) Der I. E. hatte keine besonderen Bestimmungen in dieser Richtung vorgeschlagen.

12) Die Motive zum Pr. H. E. (S. 513), welche zum Theil in die Motive zum II. E. (S. 441) übergegangen sind, und diese selbst bemerken sehr schön: „Während der Schuldner sonst mit seinem zukünftigen Vermögen seinen Gläubigern verhaftet bleibt, während Ehre und Kreditbedürftigkeit ihm verbieten, die Gläubiger in größere Verluste zu ziehen, sind die Gläubiger einer Aktiengesellschaft lediglich auf das Vermögen des Kapitalvereins hingewiesen. Der Kredit und Bestand der Aktiengesellschaft beruht auf dem Bestand ihres Vermögens; die Rücksicht auf die einzelnen Gesellschafter, welche bei anderen Gesellschaften erheblich ins Gewicht fällt, sowie überhaupt die sonst auf den Kredit einwirkende Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Schuldners greift bei der Aktiengesellschaft nicht Platz; dieselbe entbehrt bei eingetretener Ueberschuldung der nöthigen Garantien und sowohl hiedurch als auch im Interesse des Gemeinwohls und des Verkehrs, welcher mit den Aktien stattfindet, erscheint das gerichtliche Einschreiten gegen eine solche in ihrem Bestande untergrabene Gesellschaft gerechtfertigt. Das Zuwarten bis zur wirklichen Zahlungseinstellung würde für die Gläubiger und das Publikum gefahrbringend sein."

Schulden der Aktiengesellschaft ihre Aktiva übersteigen, daß sonach eigentlich die Grundlage des Kapitalvereins, das Aktivkapital, gar nicht mehr vorhanden ist, muß jeder Berechtigte seine Ansprüche zur Geltung bringen können.

Die Bestimmung des Art. 240 des A. D. HGB., welcher in Art. 2 anordnet, daß, sobald sich eine Ueberschuldung ergibt, der Vorstand der Aktiengesellschaft selbst „dem Gerichte die Anzeige von der Ueberschuldung behufs Eröffnung des Konkurses zu machen habe", war nach den Motiven aufrecht erhalten. Nachdem indessen die KO. eine Eröffnung des Konkurses von Amtswegen nicht mehr kennt [13]), muß an die Stelle der bloßen Anzeigepflicht die Pflicht zur Beantragung des Konkurses in den Formen des §. 96 treten und dies ist auch in der neuen Fassung (vom 18. Juli 1884) nunmehr berücksichtigt. Die Unterlassung der Beantragung des Konkurses wird nach Art. 249 c behandelt.

d. (nach Auflösung der Aktiengesellschaft).

Durch Eröffnung des Konkurses wird die Aktiengesellschaft nach der Vorschrift des Art. 242 Ziff. 3 des A. D. HGB. von Rechtswegen aufgelöst. Sie kann aber auch (außer dem Falle des Ablaufes der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit) durch Beschluß der Aktionäre aufgelöst werden. Damit findet aber nur die produktive Seite der Gesellschaft, ihre Thätigkeit zum Erwerbe, ein Ende; die Selbständigkeit des Vermögens dagegen bleibt naturgemäß so lange bestehen, bis durch Vertheilung des Grundstockes das Substrat der Selbständigkeit verschwindet [14]). Wenn nun innerhalb dieser Zeit von der Auflösung bis zur Vertheilung eine Ueberschuldung an den Tag tritt oder eine Zahlungseinstellung erfolgt, so muß auch der Konkurs noch eröffnet werden, denn an die einzelnen Aktionäre können sich die Gläubiger der Gesellschaft nicht halten und daher brauchen sie sich es auch nicht gefallen zu lassen, daß, bevor ihre Ansprüche erfüllt sind, das Objekt ihrer Forderungen, der Kapitalstock, unter die Aktionäre vertheilt werde [15]).

---

13) Vgl. oben Abth. II S. 172. „Die Eröffnung des Konkurses von Amtswegen zu gestatten, liegt kein hinreichender Grund vor" bemerken die Motive.

14) Deshalb können auch nach eröffnetem Konkurse die noch rückständigen Einzahlungen auf die Aktien eingefordert werden. Vgl. hierüber die Erörterungen in unserem Kommentar zum A. D. HGB. Bd. II Abth. 2. Zweite Auflage bei Art. 219 bez 184.

15) Das A. D. HGB. schreibt mit Rücksicht hierauf in Art. 243 Abs. 2 vor, daß die Auflösung öffentlich bekannt gemacht und alle Gläubiger aufgefordert werden müssen, sich bei der Gesellschaft zu melden.

e. (die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist).

I. Der Art. 245 Abs. 2 des A. D. HGB. verfügt, daß jedenfalls von der Bekanntmachung des Beschlusses auf Auflösung einer Aktiengesellschaft an bis zur faktischen Vertheilung des Vermögens ein Jahr Frist gelassen werden muß. Wann sodann nach Ablauf dieser Frist die Vertheilung als „vollzogen" anzusehen sein wird, ist Thatfrage. Jedenfalls genügt nicht der Beginn der Vertheilung. Auch wenn schon ein Theil des Vermögens an die Aktionäre hinausgegeben worden ist, kann immer noch die Eröffnung des Konkurses beantragt werden[16]). Die Frage, ob beim Ausbruche des Konkurses die an die Aktionäre hinausgegebenen Beträge zur Konkursmasse wieder zurückgefordert werden können, ist schwierig zu beantworten. Daß dies jedenfalls dann zulässig ist, wenn ein dolus in Mitte liegt, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Da aber selbst bei Versäumung der im Gesetze getroffenen Kautelen nur die Vorstände und Liquidatoren zur Refundirung verpflichtet sind, möchte ich glauben, daß eine bona-fide-Vertheilung durch den nachher eintretenden Konkurs nicht ganz allgemein rückgängig gemacht werden kann. Es werden hier wohl die Grundsätze von der Anfechtung Maß zu geben haben. Soferne die Bestimmungen des Buch I Tit. 3 der KO. anwendbar sind, unterliegen jedenfalls die Vertheilungen der Anfechtung; die Aktiengesellschaft in ihrer Funktion als Kapitals-Genossenschaft ist dann der Gemeinschuldner, die Aktionäre sind „der andere Theil". Sind aber solche Vertheilungen „unentgeltliche Verfügungen" im Sinne des §. 25 Ziff. 1 der KO.? Man könnte zweifeln, weil ja die Aktionäre nur dasjenige zurückerhalten, was sie eingeschossen haben. Allein indem der Aktionär sein Geld für die Aktie hingab, hat er sich dessen entäußert und einen andern Gegenstand von Werth (die Aktie) dafür eingethan. Dieser ist durch die Ueberschuldung der Aktiengesellschaft werthlos geworden, und wenn der Aktionär demohngeachtet aus dem Vermögen der Gesellschaft Etwas erhält, hat er es „unentgeltlich" erhalten, und wenn eine solche Vertheilung in die in §. 25 der KO. genannte Zeit gefallen ist, wird sie daher anfechtbar.

II. Einen besonderen Fall der Auflösung einer Aktiengesellschaft bildet deren Vereinigung mit einer anderen Aktiengesellschaft, welchen Fall der Art. 247 des A. D. HGB. erwähnt[17]). Bei einer solchen Fu-

16) Die Größe des Restes im Verhältniß zum Vertheilten kommt nicht in Betracht.

17) So lange die ursprüngliche Fassung des Handelsgesetzbuches bestand, war die Sache einfach. Der Staat gab eben seine Erlaubniß zur Fusion nicht ohne Nachweis der Sicherung aller Gläubiger. Allein diese Kautel ist nunmehr hinweggefallen.

sion findet eine Vertheilung des Vermögens nicht statt; an ihre Stelle tritt die vorerst getrennte, dann vereinigte Verwaltung des Vermögens der aufzulösenden Gesellschaft. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß auch nach der Fusion die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft einen Konkurs, in welchen sich weder die Gläubiger der anderen Gesellschaft, noch auch diejenigen der vereinigten Gesellschaft betheiligen dürfen, so lange provoziren können, als die getrennte Verwaltung besteht. Nach der Beseitigung dieser Verwaltung [18]) werden freilich die etwa noch vorhandenen Gläubiger der früheren Aktiengesellschaft mit allen übrigen auf gleicher Stufe stehen und nur mehr den Konkurs über die vereinigte Gesellschaft im Falle einer Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung derselben beantragen können.

f. (außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator).

Den Gläubigern bleibt das nach §. 95 Abs. 2 der KO. eingeräumte Recht, den Konkurs zu beantragen, natürlich auch der Aktiengesellschaft gegenüber, wenn diese Gemeinschuldnerin ist, vollkommen gewahrt. Wer aber kann Namens der Gesellschaft dieses Recht ausüben? An sich müßte es der Vorstand als solcher [und nach der Auflösung der Aktiengesellschaft der Vorstand in seiner Funktion als Liquidationsbehörde [19])] sein, dem allein die Befugniß hiezu zustände, denn nach §. 227 des A. D. HGB. ist dieser als Gesammtheit (und sind nicht die einzelnen Mitglieder) das Organ, durch welches die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Das Gesetz geht aber davon aus [20]), daß hier nicht eine Handlung in Frage kommt, welche die Geschäftsführung der bestehenden Gesellschaft betrifft oder bei schwebender Liquidation ein einzelnes Liquidationsgeschäft zum Gegenstande hat, daß vielmehr hier eine Pflicht zu erfüllen ist, welche (wie sich aus der in Art. 249 a ausgesprochenen Einzelverhaftung der Vorstandsmitglieder ergibt) den Mitgliedern des Vorstandes persönlich obliegt; es ist Sache jedes Einzelnen, rechtzeitig die Zahlungsunfähigkeit und die Ueberschuldung rechtlich feststellen zu lassen. Welche Befugnisse das einzelne Vorstandsmitglied der Gesellschaft gegenüber hat, ist einerlei; es sind insbesondere auch jene Vorstandsmitglieder berechtigt und verpflichtet, allein den Konkursantrag zu stellen, welchen die Firmenzeichnung nur in Gemeinschaft mit andern übertragen ist [21]).

---

18) Die freilich ordnungsgemäß nicht erfolgen kann, wenn nicht die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind.

19) Art. 244 des A. D. HGB.

20) Motive zum II. E. S. 443 unten.

21) Ebenso die von Firmenzeichnung Ausgeschlossenen, soferne dies, wie ich

Den Beamten der Gesellschaft, wenn sie auch noch so ausgedehnte Vollmacht haben, steht die Beantragung des Konkurses nicht zu, wohl aber wird dies der Generalversammlung nicht versagt werden können [22]).

g. (berechtigt).

Die Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren haben im Konkurse die Aktiengesellschaft ebenso zu vertreten, wie sie dies außerhalb desselben zu thun verpflichtet und berechtigt sind. Diejenigen besonderen Pflichten aber, welche dem Gemeinschuldner obliegen (z. B. Auskunftsertheilung u. s. w.), hat jedes einzelne Mitglied für sich zu beobachten [23]). Wie steht es nun aber mit den Zwangsmitteln im Falle der Renitenz? Ich habe nicht den mindesten Zweifel, daß dieselben, aber natürlich nur gegen den Renitenten selbst, Platz greifen [24]). Der einer Aktiengesellschaft obliegende Eid muß nach Art. 227 des A. D. HGB. vom „Vorstande"

übrigens nicht glaube, für zulässig erachtet werden will, vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. II 1. Aufl. S. 521 Note 3 und S. 522.

22) In diesem Falle wird indessen jedenfalls eine außerordentliche Generalversammlung zum Zwecke der Beschlußfassung über diesen Antrag zu berufen sein.

23) In der Kommission (vgl. Pt. S. 117 u. 118) war der Wunsch ausgesprochen worden, diesen Satz in das Gesetz aufzunehmen. Reg.-Rath Hagens erklärte solches theils für überflüssig (denn unzweifelhaft hätten wie der Erbe an Stelle des Erblassers so auch die Vorsteher bez. Liquidatoren an Stelle der falliten Gesellschaft die Verpflichtungen, welche das Gesetz einem Gemeinschuldner auferlege, zu erfüllen und zwar jeder Vorsteher und jeder Liquidator, denn es seien hier Akte der Geschäftsführung oder der Liquidation nicht in Frage), theils hielt er es für zu weitgehend, wenn man alle Vorschriften, die für den Gemeinschuldner bestehen als für jeden einzelnen Vorsteher anwendbar erklären wollte, denn gewisse Bestimmungen, wie z. B. §. 93 Abs. 1, seien nicht unbedingt und §. 93 Abs. 2 nach seiner Ansicht auf die einzelnen Vorstandsmitglieder und Liquidatoren überhaupt nicht anwendbar. Der Geh. Oberjustizrath Hertz fügte bei: „Schon bei der Berathung der Gemeinschuldordnung habe man vielfache, aber vergebliche Versuche gemacht, eine geeignete Formulirung zu finden. Der Richter werde voraussichtlich auf Grund der Vorschriften des A. D. HGB. bez. der KO. in der Lage sein, in jedem einzelnen Falle das Richtige zu treffen." Dagegen meint Petersen S. 506, daß die Pflicht, sich vom Wohnorte ohne Erlaubniß des Gerichtes nicht zu entfernen, jedes Vorstandsmitglied bez. jeder Liquidator habe. Dieser Ansicht bin ich ebenfalls, denn dies hängt mit der Auskunftspflicht innig zusammen.

24) Wenn der Banquier A Vorstandsmitglied der Wechselbank zu X den geforderten Aufschluß nicht ertheilt, kann natürlich nicht der gesammte Vorstand in Haft gesetzt werden.

derselben geleistet werden; ich glaube aber, man kann hier nicht kurzweg die Bestimmungen über Eidesleistung durch Mehrere (§§. 436, 434 der Civ.=Pr.=O.) anwenden, sondern es wird der in §. 115 der KO. zugelassene Offenbarungseid von jedem einzelnen Vorstandsmitgliede[25]) verlangt werden dürfen[26]). Das in §. 93 Abs. 1 der KO. enthaltene Gebot, daß der Gemeinschuldner sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubniß des Gerichtes entfernen dürfe, hat Reg.=Rath Hagens (vgl. die in Note 21 citirte Stelle der Protokolle) als auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren „nicht unbedingt anwendbar" bezeichnet. Ich würde indessen als Konkursrichter kein Bedenken tragen, einzelnen oder allen Mitgliedern des Vorstandes einer bankerutten Aktiengesellschaft zu verbieten, den Wohnort zu verlassen, wenn ich deren Abwesenheit als verdächtig oder auch nur als unvortheilhaft für die Abwicklung der Geschäfte ansehen würde.

Die Rechte, welche dem Gemeinschuldner im Konkurse (außer der Antragstellung auf Eröffnung) zustehen[27]), müssen von dem Vorstande als solchem und können nicht ohne Weiteres von jedem einzelnen Vorstandsmitgliede geltend gemacht werden; insbesondere liegt die Erklärung über die angemeldeten Forderungen und die Prozeßführung im Bestreitungsfalle dem Gesammtvorstande ob. Es kann sogar nothwendig werden, unter Umständen über die einzunehmende Haltung eine Generalversammlung zu berufen.

h. (Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes gestellt).

Die Glaubhaftmachung des Grundes zur Konkurseröffnung, wie solche in §. 97 Abs. 1 dem Gläubiger, welcher die Konkurseröffnung beantragt, auferlegt wird, obliegt auch jenem Gläubiger, welcher den Konkurs über eine Aktiengesellschaft veranlassen will. Dem Gemeinschuldner ist in §. 96 diese Pflicht nicht zugesprochen; allein hievon muß bei der Aktiengesellschaft eine Abweichung eintreten. Der Antrag eines oder einiger Mitglieder des Vorstandes stellt sich nicht so fast als Antrag des Gemeinschuldners, denn als Antrag eines Gläubigers dar; es muß also auch hier von dem Antragsteller die Glaubhaftmachung der Zahlungsun=

---

25) Wie steht es in dieser Hinsicht mit den Beamten? Sehr häufig werden wohl nur diese in der Lage sein, den Vermögensstand der Gesellschaft genau zu kennen. Demohngeachtet glaube ich nicht, daß ihnen der Offenbarungseid abgenommen werden kann. Wohl aber werden dieselben in Anwendung des §. 67 der KO. als Zeugen vernommen werden dürfen.

26) Der Zwang zur Leistung des Eides findet nur gegen den Verweigernden statt, die Folge der Nichtleistung aber trifft Alle.

27) Z. B. §§. 101, 111, 123, 148 u. s. w.

fähigkeit oder Ueberschuldung begehrt werden. Beantragen dagegen sämmtliche Vorstandsmitglieder oder alle Liquidatoren gemeinsam den Konkurs, so haben sie keine Pflicht zur Glaubhaftmachung einer Zahlungsunfähigkeit; es obliegt ihnen nur die Vorlage des Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner und der Vermögens-Uebersicht; der Richter hat dann zu entscheiden, ob er aus der Vorlage einen genügenden Anlaß zur Konkurseröffnung findet [28]).

i. (zu hören).

Daß der Gemeinschuldner bei einem von ihm nicht ausgehenden Antrag auf Konkurseröffnung zu hören ist, verfügt §. 97 Abs. 2 der KO. Dasselbe muß natürlich eintreten, wenn nicht der gesammte Vorstand, sondern nur einzelne Mitglieder desselben den Antrag stellen; denn erst, wenn alle zusammen gehört sind, ist die ganze Gesellschaft als Gemeinschuldnerin vertreten.

Dadurch, daß auch Abs. 3 des §. 97 in obigem Paragraphen citirt ist, wird zugelassen, daß solche Vorstandsmitglieder, die im Auslande wohnen oder deren Aufenthalt unbekannt ist, umgangen werden können, um die Sache nicht zu verzögern.

---

§. 195.

Voraussetzung des Konkurses über eingetragene Genossenschaften.

Ueber das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft [a]) findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle des §. 48 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868 statt [b]).

Die Vorschriften der §§. 193 Abs. 2, 194 finden entsprechende Anwendung [c]).

I. E. §. 225; II. E. §. 195; Pr H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

§. 196.

Vertretung der Genossenschaft. Zwangsvergleich.

Die Genossenschaft wird durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten [d]).

---

28) Siehe oben Abth. II S. 177 und 178.

Ein Zwangsvergleich findet nicht statt[e]).

I. E. § 226 u. 227; II. E. §. 196; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

§. 197.

Haftpflicht der Genossenschafter nach Aufhebung des Verfahrens.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens sind die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, berechtigt, wegen des in dem Verfahren erlittenen Ausfalls, einschließlich der Zinsen und Kosten[f]), die einzelnen ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter[g]) in Anspruch zu nehmen. Den letzteren stehen Einwendungen nur gegen solche Forderungen zu, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind[h]).

I. E. §. 228; II. E. §. 197; Pr. H. E. —: Pr. KO. —; B. Pr. O.

a. (einer eingetragenen Genossenschaft).

Das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868[1]), betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, definirt in §. 1 und 5 jene Vereine, welche die Rechte einer „eingetragenen Genossenschaft" erwerben können, als: „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken[2]) und in das Genossenschaftsregister eingetragen sind." Das bezeichnende Moment bildet die in §. 12 des Gesetzes enthaltene Solidarhaft aller Genossenschafter ohne Einrede der Theilung mit dem gesammten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft.

b. (findet das Konkursverfahren statt).

Das Reichsgesetz über die Genossenschaften hat auch über den Konkurs detaillirte Bestimmungen getroffen, welche indessen nicht mehr vollständig mit

---

1) Bundesgesetzblatt von 1868 Nr. 24 S. 415—433.

2) Als solche sind namentlich aufgeführt:
1) Vorschuß- und Kreditvereine; 2) Rohstoff- und Magazinvereine; 3) Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkauf der gefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktivgenossenschaften); 4) Vereine zum gemeinschaftlichen Einkauf von Lebensbedürfnissen im Großen und Ablaß in kleinen Partien an ihre Mitglieder (Konsumvereine); 5) Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder.

der neuen KO. übereinstimmen, weshalb auch das Einf.-Gesetz §. 3 Ziff. 1 den §. 51 des Genossenschaftsgesetzes aufhebt. In diesem heißt es: „Ueber das Vermögen der Genossenschaft wird der Konkurs eröffnet[3]), sobald sie ihre Zahlungen vor oder nach ihrer Auflösung eingestellt hat. Das Verfahren dabei bestimmen die Landesgesetze". Daß dieser letztere Satz nicht mehr gelten kann, ist selbstverständlich; das Verfahren „dabei" richtet sich natürlich jetzt nach der Reichs-Konkursordnung. Aber auch der erste Satz ist nicht mehr haltbar; nachdem die KO. die Zahlungseinstellung nur als einen Beweis der Zahlungsunfähigkeit ansieht[4]), welche letztere auch ohne diesen speziellen Akt vorhanden sein kann und dann zur Eröffnung des Konkurses führt, so hat der obige §. 195 vor Allem die „Zahlungsunfähigkeit" an Stelle der Zahlungseinstellung als den Hauptgrund zur Konkurseröffnung auch über die eingetragene Genossenschaft erklärt. Im Uebrigen bleibt es bei der Bestimmung des Genossenschaftsgesetzes, welches, solange die Genossenschaft besteht, in der bloßen Ueberschuldung der Firma als solcher ebensowenig einen Grund zur Konkurseröffnung findet, wie bei jedem anderen Kaufmanne[5]); ein Grundsatz, der bei der eingetragenen Genossenschaft im Hinblicke auf die solidarische Verhaftung aller Genossenschaften mit ihrem Privatvermögen noch drastischer an den Tag tritt.

Anders stellt sich aber die Sache, sobald die Genossenschaft aufgelöst ist[6]); für diesen Fall bestimmt der im obigen Paragraphen aufrecht erhaltene §. 48 des Genossenschaftsgesetzes, wozu noch §. 40 desselben Gesetzes zu ziehen ist, Folgendes: Nach jeder Auflösung der Genossenschaft (außer dem Konkurse) erfolgt die Liquidation durch den Vorstand. Die Liquidatoren haben sofort beim Beginne der Liquidation eine Bilanz aufzustellen. Ergibt diese oder eine später aufgestellte Bilanz, daß das Vermögen der Genossenschaft (einschließlich des Reservefonds und der Geschäftsantheile der Genossenschafter) zur Deckung der Schulden der Genossenschaft nicht hinreicht, so haben die Liquidatoren bei eigener Verantwortlichkeit sofort eine Generalversammlung zu berufen und hierauf, so-

---

3) Zuständig ist nach §. 19 der Civ.-Pr.-O. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Sitz der Genossenschaft gehört.

4) Vgl. oben Abth I S. 5 ff. und Abth. II S. 162 ff.

5) Vgl. oben Abth. II S. 162.

6) Die Genossenschaft wird (außer dem Falle des Konkurses) aufgelöst:
1) durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit,
2) durch einen Beschluß der Genossenschaft, vgl. §. 34 des Genossenschafts-Gesetzes.

fern nicht die Genossenschafter binnen acht Tagen nach der abgehaltenen Generalversammlung den zur Deckung des Ausfalls erforderlichen Betrag baar einzahlen, die Konkurseröffnung zu beantragen.

Die Ueberschuldung ist sonach ein Eröffnungsgrund nur im Falle die Genossenschaft bereits aufgelöst ist[7]).

c. (Die Vorschriften der §§. 193 Abs. 2, 194 finden entsprechende Anwendung).

Daß die vollständige Vertheilung des Genossenschaftsvermögens den Konkurs über die Genossenschaft als solche (ebenso wie bei der Aktiengesellschaft bestimmt ist) ausschließt, bedarf keiner Erörterung. Jedoch bleibt auch nach dieser Vertheilung der Regreß gegen die Person der solidarisch haftenden Genossenschafter zulässig. Hinsichtlich des Antrages auf Konkurseröffnung stehen sich die Aktiengesellschaften und die Genossenschaften rechtlich gleich.

d. (Die Genossenschaft wird durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten).

I. Dieser Satz ist nicht prägnant ausgedrückt; er lautet nur scheinbar so allgemein; denn gerade daß die in §. 17 des Genossenschaftsgesetzes dem Vorstande eingeräumte Vertretung der Genossenschaft im Allgemeinen auch für das Konkursverfahren gelte, soll durch die obigen Worte ausgedrückt werden. Es soll also gelesen werden: „Die Genossenschaft wird im Konkursverfahren durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten". Der §. 51 Abs. 3 des Genossenschaftsgesetzes detaillirt dies weiter: „dieselben sind persönlich zu erscheinen und Auskunft zu ertheilen in allen Fällen verpflichtet, in welchen dies für den Gemeinschuldner selbst vorgeschrieben ist. Dieselben sind berechtigt, gegen jede angemeldete Forderung unabhängig von dem Konkursverwalter Widerspruch zu erheben[8])".

II. Außer den soeben aufgeführten Bestimmungen enthält der §. 51 des Genossenschaftsgesetzes noch zwei weitere Vorschriften: einmal, daß der Konkurs über die Genossenschaft den Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Genossenschafter nicht nach sich ziehe, und daß der Beschluß über Eröffnung des Konkurses die Namen der solidarisch haften-

---

7) Demnach verschieden von der Bestimmung bei der Aktiengesellschaft vgl. oben §. 193 Abs. 1.

8) Daß dieser Widerspruch die Feststellung der Forderung im Konkurse und deren Befriedigung aus der Konkursmasse nicht aufhält (wie §. 51 weiter besagt), stimmt mit §. 132 der KO. vollkommen überein. Ueber die weiteren Folgen eines solchen Widerspruchs vgl. lit. g.

den Genossenschafter nicht zu enthalten habe. Letzterer Satz ist nicht so selbstverständlich, wie die Motive annehmen, und er hätte daher recht wohl wiederholt werden können. Indessen sind die von Reg.-Rath Hagens bei der Berathung[9]) vorgebrachten Gründe dagegen, daß die Frage unter dem Titel „besondere Bestimmungen" entschieden werde, — allerdings zutreffend und jedenfalls besteht nach dem Inhalte der Kommissionsverhandlungen kein Zweifel, daß die Namen der einzelnen Genossenschafter (welche zu ermitteln ohne ein besonderes Verfahren ohnehin nicht wohl möglich wäre) im Konkurseröffnungsbeschlusse zu umgehen sind.

Der erstere der obigen Sätze aber ist, wenn man an dem „tödtenden Buchstaben" hängen wollte, sogar unrichtig; daß der Konkurs über das Genossenschaftsvermögen den Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Genossenschaften nicht nach sich ziehe, läßt sich keineswegs für alle Fälle behaupten. Denn wenn der oder die Genossenschafter in Folge des wegen der Insuffizienz des Genossenschaftsvermögens gegen sie erhobenen Regresses selbst zahlungsunfähig werden, zieht der erstere Konkurs allerdings die weiteren Konkurse nach sich. Wahr ist also nur, daß nicht an und für sich und ohne Weiteres zugleich mit dem Beschlusse auf Eröffnung des Konkurses über das Genossenschaftsvermögen auch jedes Mal Beschluß auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Genossenschafter ergehen muß. Was aber der Konkurs über die Genossenschaft hinsichtlich des Vermögens der Genossenschafter „nach sich zieht" — das liegt für jeden einzelnen Fall vorerst im Schooße der Götter, um mit Homer[10]) zu reden[11]).

c. (Ein Zwangsvergleich findet nicht statt).

Auch dieser Satz ist schon in §. 51 des Genossenschaftsgesetzes enthalten. Die Motive (zum II. E. S. 446) bemerken hierüber Folgendes: „Der Ausschluß eines Zwangsvergleichs könnte Befremden erregen, da das Gesetz denselben als regelmäßige Art, den Konkurs zu beendigen, behandelt und ihn sowohl bei Aktiengesellschaften als bei offenen Gesellschaften zuläßt, zwischen welchen beiden die rechtliche Konstruktion der Genossenschaft etwa die Mitte einnimmt. Ihr Unterschied von der Aktiengesellschaft liegt indeß in der subsidiären Haftpflicht der Genossenschafter.

---

9) K. Prt. S. 118 ff.

10) θεῶν ἐν γούνασι κεῖται.

11) Wenn ich diesen Excursus mir erlaubte, so geschieht es nur in aller Bescheidenheit; ich bin mir wohl bewußt und ich brauche wohl nicht erst zu constatiren, daß Gesetze machen schwerer ist als Kommentare schreiben.

Darin tritt die Genossenschaft in nähere Beziehung zur offenen Handelsgesellschaft. Bei beiden haften die Theilnehmer — die Gesellschafter und die Genossenschafter — auch mit ihrem Privatvermögen für die durch das Gesellschafts- oder Genossenschaftsvermögen nicht gedeckten Schulden. Die Verschiedenheit der Haftpflicht zeigt sich jedoch darin, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die der Zahl und Person nach bestimmten Gesellschafter als direkte persönliche Schuldner, bei der Genossenschaft die unbestimmten Personen der Genossenschafter aber aushülfsweise für die Schulden derselben haften. In doppelter Eigenschaft steht rechtlich den Gläubigern die Genossenschaft und das Genossenschaftsvermögen als der eine und als Hauptschuldner — die einzelnen Genossenschafter als die anderen und als Nebenschuldner gegenüber, und thatsächlich ist gerade umgekehrt den Gläubigern die Haftpflicht der Genossenschaft Nebensache, die der zahlreichen Genossenschafter Hauptsache. — Schon deshalb müßte der Akkord die bürgschaftsmäßige Verhaftung der einzelnen Genossenschafter unberührt lassen. Zudem würde die große Anzahl derselben und der Umstand, daß bei der nicht geschlossenen Mitgliederzahl regelmäßig eine verschiedene persönliche Haftpflicht eintritt, es unmöglich machen, den Inhalt des Akkordes auch auf diese zu erstrecken. Der Akkord könnte sich vielmehr nur auf die Genossenschaft und das Genossenschaftsvermögen beziehen. Die einzelnen Genossenschafter müßten für den ganzen Ausfall verhaftet bleiben, den die Gläubiger durch den Akkord erleiden würden. Unter diesen Umständen schließt sich der Zwangsvergleich von selbst aus."

f. (wegen des in dem Verfahren erlittenen Ausfalls, einschließlich der Zinsen und Kosten).

Der §. 12 des Genossenschaftsgesetzes spricht die unbeschränkte Regreßpflicht der einzelnen Genossenschafter aus. Deshalb sind hier unter den „Zinsen und Kosten" nicht[12]) die bereits im Konkurse geltend gemachten zu verstehen (denn diese sind ja im „Ausfall" schon inbegriffen und hätten so wenig einer Erwähnung bedurft, als dies in §. 152 der KO. geschieht), sondern die im Konkurse nicht verfolgbaren.

g. (die einzelnen ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch nehmen).

Der §. 197 bedient sich nicht der in §. 152 Abs. 2 der KO. gewählten Fassung, daß für die festgestellten Gläubiger aus der Eintragung in der Tabelle die Zwangsvollstreckung statt habe. Mit Recht; denn wenn auch durch das Konkursverfahren sowohl die Forderung als solche,

---

12) Wie Fitting §. 53 Note 11, Stieglitz S. 687 Note 6 annehmen.

wie auch der Ausfall, den sie gegenüber dem Genossenschaftsvermögen erleidet, ja sogar möglicherweise die Zinsen und Kosten, um welche sie sich als Regreßforderung mehrt, ermittelt wird, so giebt dieses Verfahren doch keinen Anhaltspunkt für die Frage, welche Personen als Genossenschafter solidarisch haftbar sind[13]). Dies muß aus dem Gesetze vom 4. Juli 1868 §§. 12, 39 und 63 dargethan werden und kann nicht sofort im Vollstreckungsverfahren zum Austrage kommen. Da hiernach auch der ausgetretene oder ausgeschlossene Genossenschafter für die während seiner Mitgliedschaft eingegangenen Verbindlichkeiten so lange haftet, als die Verjährung noch nicht eingetreten ist, so ist es immerhin nicht unzweifelhaft, welchen Einfluß das Konkursverfahren auf die Verjährungsfrage äußere. Das Gesetz hat deshalb für nöthig erachtet, ausdrücklich auszusprechen, daß das Ausscheiden oder der Ausschluß eines Genossenschafters an den allgemeinen Grundsätzen nichts ändere[14]).

b. (ausdrücklich bestritten worden sind).

Dieser Satz enthält ein Dreifaches. Erstens, daß die Feststellung einer Forderung im Konkursverfahren[15]) auch für die Geltendmachung derselben im Regreßwege gegen den einzelnen Genossenschafter maßgebend sei; zweitens, daß diese Feststellung von den Vorständen und Liquidatoren durch Widerspruch beseitigt werden könne, drittens aber daß sie durch Widerspruch des einzelnen Genossenschafters nicht aufgehalten werde. Daß der Widerspruch der Vorstände oder Liquidatoren gegen eine im Konkurs angemeldete Forderung auch den Genossenschaftern für ihre solidarische Haftung nützen müsse, ist klar; denn dies ergibt sich aus dem Umstande, daß diese Vorstände oder Liquidatoren allein die Vertreter der Genossenschaft sind und daher die Rechte und Pflichten der Genossenschaft als solcher in ihrer Hand liegen. Dagegen ließe sich Bedenken tragen, ob denn die einzelnen

---

13) Diese Personen kommen daher auch, wie oben erwähnt, im Konkursbeschlusse nicht namentlich vor.

14) Vgl. §. 3 des Einf.-Ges. in Abth. III S. 67.

15) Als festgestellt ist eine Forderung auch dann zu erachten, wenn der Gläubiger den Widerspruch bis zur Aufhebung des Verfahrens bereits im Prozeßwege beseitigt oder diese Beseitigung durch Erhebung der Feststellungsklage (oder Aufnahme) bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist für die Schlußvertheilung bereits angebahnt hatte, oder auch im Falle des §. 134 Abs. 6 der Widerspruch vom Widersprechenden nicht gerichtlich verfolgt wurde. Vgl. v. Sarwey S. 849. Nachdem das Gesetz nur von der Aufhebung des Verfahrens spricht, kann nach einer bloßen Einstellung der §. 197 nicht angewendet werden. Anders Stieglitz S. 687 Note a.

Genossenschafter auch in Bezug auf ihre persönliche Verhaftung so völlig ausgeschlossen werden sollten in ihrer eigenen Vertretung, wie dies der §. 197 (zweiter Satz) thut. Allein, wenn man einmal davon ausgeht, wie dies das Gesetz über das Genossenschaftswesen deutlich ausspricht, daß die Genossenschaft ein von der Person der einzelnen Mitglieder völlig getrenntes Rechtssubjekt bildet und diese Mitglieder gleichsam nur die Bürgen für die Genossenschaft als Gesammtheit darstellen, so muß man auch zu dem Schlusse kommen, daß ihr Schicksal mit dem Schicksale der Genossenschaft selbst entschieden ist. Auch außerhalb des Konkurses haben die Genossenschafter zwar Mittel, durch Bestellung eines Aufsichtsrathes (§. 29), durch Veranlassung einer Generalversammlung (§. 31) den Vorstand zu überwachen und ihn von schädlichen Handlungen und Unterlassungen abzuhalten; aber selbst eingreifen können sie nicht und haben nur den Regreß gegen die Vorstandsmitglieder (§. 33). Es können daher auch im Konkurse die einzelnen Genossenschafter selbst sowenig im Prüfungstermine auftreten, wie die Aktionäre.

---

§. 198.

Selbständigkeit des Konkurses über ein Gesellschaftsvermögen.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit [a]) einer offenen Handelsgesellschaft [b]), einer Kommanditgesellschaft [c]) oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien [d]) findet über das Gesellschaftsvermögen [e]) ein selbständiges Konkursverfahren [f]) statt.

Die Vorschrift des §. 193 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung [g]).

I. E. §. 221; II. E. §. 198; Pr. H. E. Art. 934, 935; Pr. KO. §§. 286, 287; Bayer. Einf.-Ges. zum A. D. HGB. Art. 43.

a. (Im Falle der Zahlungsunfähigkeit).

Bei der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien fallen die Gründe hinweg, aus denen bei der Aktiengesellschaft und Genossenschaft die Ueberschuldung als genügender Grund zur Konkurseröffnung im Gesetze erklärt wurde [1]). Hin-

---

1) Vgl. oben Abth. II S. 670 ff.

sichtlich dieser drei Gesellschaften bleibt es also bei der Regel des §. 94[2]), daß es auf die Vermögensinsuffizienz nicht ankommt, sondern daß eine Zahlungsunfähigkeit eingetreten sein muß.

b, (einer offenen Handelsgesellschaft).

Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist (Art. 85 des A. D. HGB.)[3]). Wenn demnach, wie bei der stillen Gesellschaft, zwar ein Handelsgewerbe betrieben wird, aber der Gesellschafter nur mit Vermögen betheiligt ist, oder wenn zwar eine Gesellschaft mit gemeinschaftlicher Thätigkeit vorliegt, jedoch nicht in einem Handelsgewerbe, wie bei den gewöhnlichen Sozietäten, so findet §. 198 keine Anwendung. In diesem Falle wird der Konkurs über jeden Gesellschafter einzeln eröffnet und findet die Ausscheidung dessen, was aus der Gesellschaft zur Masse zu ziehen ist, nach §. 44 der KO. statt[4]).

c. (einer Kommanditgesellschaft).

Eine Kommanditgesellschaft ist vorhanden, wenn bei einem unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbe einige Gesellschafter nur Vermögen einschießen, bei anderen diese Beschränkung nicht vorliegt[5]) (Art. 150 des A. D. HGB.). Der Unterschied von der stillen Gesellschaft liegt hauptsächlich darin, daß bei der Kommanditgesellschaft die Firma gemeinsam wird, und in diesem prinzipiellen Momente gründet die Bestimmung des Gesetzes, welche abweichend davon, daß bei der stillen Gesellschaft nur ein Konkurs über die Mitglieder stattfindet, einen Konkurs über die Kommanditgesellschaft als solche statuirt.

d. (einer Kommanditgesellschaft auf Aktien).

Wenn das Kapital der Kommanditisten, das heißt jener Gesellschafter, welche nur Vermögen einlegen, in Aktien zerlegt wird, so faßt das A. D. HGB. und auch das Gesetz vom 18. Juli 1884[6]) diese Gesellschaft nicht als Unterart der Aktiengesellschaft, sondern als Unterart der Kommanditgesellschaft auf[7]), und deshalb stellt mit Recht die KO. diese Gesellschaften nicht zu §. 193 sondern zu §. 198.

---

2) Siehe oben Abth. II S. 161.

3) Anschütz u. Völderndorff, Komment. zum A. D. HGB. Bd. II S. 72 ff.

4) Der stille Gesellschafter ist im Konkurse des Inhabers des Handelsgewerbes Gläubiger, im Konkurse des stillen Gesellschafters der Inhaber des Handelsgewerbes Schuldner der Masse.

5) Anschütz u. Völderndorff Komm. zum A. D. HGB. Bd. II (2. Aufl.) 2. Abth. S. 16 ff.

6) Vgl. meinen Kommentar hierüber S. 38 ff.

7) Anschütz und Völderndorff a. a. O. S. 126 ff.

e. (über das Gesellschaftsvermögen).

Schon das A. D. HGB. bestimmt in Art. 122, daß im Falle des Konkurses über eine Gesellschaft die Gläubiger derselben ein spezielles Recht auf das Gesellschaftsvermögen haben. Sie können sich mit Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter an das Vermögen der Firma halten, während sie anderseits auch erst, nachdem sich ergeben hat, wieweit sie hier Befriedigung nicht finden, auf das Privatvermögen der Gesellschafter greifen können.

Die KO. schafft demnach nichts Neues, sie gibt nur dem im A. D. HGB. schon enthaltenen Satze einen prägnanteren Ausdruck.

f. (ein selbständiges Konkursverfahren).

I. Mit diesem Ausdrucke soll nicht gesagt sein, daß das Konkursverfahren gegen eine der oben bezeichneten Gesellschaften etwas Besonderes sein solle, daß es nach selbständigen vom gewöhnlichen Verfahren abweichenden Vorschriften sich regele. Vielmehr ist jene Bestimmung nur dahin zu verstehen, daß das Konkurs-Verfahren über das Gesellschaftsvermögen selbständig geführt und nicht mit dem Konkurs-Verfahren über das Privatvermögen der Gesellschafter vermischt werden darf.

II. Es läßt sich fragen, welches Gericht zur Behandlung dieses selbstständigen Konkursverfahrens über eine Gesellschaft zuständig sei. Hierauf antworten die Art. 111 Abs. 2 und Art. 164 Abs. 2 des A. D. HGB.; denn wenn nach diesen Artikeln eine Gesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand bei demjenigen Gerichte besitzt, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, so ist nach §. 64 bei diesem Gerichte auch der Konkurs durchzuführen und es ändert sich nach Art. 144 Abs. 2 des A. D. HGB. dieser Gerichtsstand auch durch die Auflösung der Gesellschaft nicht. Es wird daher das Amtsgericht des Bezirkes, in welchem nach dem Handelsregister der Sitz der Gesellschaft liegt, zuständig sein, ohne daß es auf den Ort der Niederlassung selbst ankommt. Wenn demnach auch z. B. eine Feinspinnerei zu Kolbermoor bei Rosenheim ihre Fabrik ausübt und in München gar nicht thätig ist, so würde doch künftig, wenn über sie ein Konkurs ausbräche, nicht das Amtsgericht in Rosenheim, sondern dasjenige in München zur Durchführung zuständig erklärt werden müssen, wenn der Sitz der Gesellschaft nach dem Handelsregister in München ist [8]).

Dieses Amtsgericht erscheint als ausschließlich zuständig; auch wenn mehrere Niederlassungen etwa in verschiedenen Bezirken bestehen

---

8) Wo nicht der Eintrag im Handelsregister entscheidet, gilt als „Sitz" einer Gesellschaft und Genossenschaft nach §. 19 der Civ.-Pr.-O. der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

würden, könnten nicht die Amtsgerichte dieser Bezirke als concurrirende Konkursgerichte in Frage kommen, es wäre denn der Fall des §. 208 der KO. gegeben.

g. (Die Vorschrift des §. 193 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung).

Der Art. 43 des Bayerischen Einführungsgesetzes zum A. D. HGB. enthielt in Abs. 2 die Bestimmung: „der Konkurs über eine Handelsgesellschaft kann auch nach Auflösung der Gesellschaft eröffnet werden, soferne die Liquidation und Vertheilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht erfolgt ist." Dieß gilt in Folge des Abs. 2 des §. 198 auch nach der Deutschen Konkursordnung als feststehend. „Die Auflösung der Gesellschaft — sagt der treffliche Kommentar zum oben citirten Einführungsgesetze [9]) — kann der Natur der Sache nach den Gesellschaftsgläubigern die einmal erworbenen Rechte nicht nehmen, folglich auch das Recht nicht, aus dem Gesellschaftsvermögen mit Ausschluß der Privatgläubiger ihre Befriedigung zu verlangen, ebensowenig können die Privatgläubiger durch den bloßen Akt der Auflösung der Gesellschaft mehr Rechte erwerben als sie sonst besaßen. Beides würde aber eintreten, wenn, im Falle die Zahlungsunfähigkeit des Gesellschaftsvermögens sich erst bei der Liquidation der Gesellschaft zeigt, nicht mehr ein separater Konkurs über dieses Vermögen durchgeführt würde." Im Uebrigen sind die Erläuterungen oben S. 671 ff. zu vergleichen.

---

§. 199.

Eröffnungsantrag und Verfahren.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern [a]) jeder persönlich haftende Gesellschafter [b]) und jeder Liquidator [c]) berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen [d]), wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich

---

9) Lutz, Erläuterungen zum Bayerischen Einführungsgesetze (Erlangen, 1862. Verlag von Palm u. Enke) S. 128.

haftenden Gesellschafter oder Liquidatoren nach Maßgabe des §. 97 Abs. 2, 3 zu hören [c]).

I. E. §. 221 Abs. 3; II. E. §. 199; Pr. H. E. Art. 934 u. 935; Pr. KO. §§. 286 u. 287; B. Pr. O. —.

a. (außer den Konkursgläubigern).

Das in §. 95 Abs. 2 den Konkursgläubigern eingeräumte Recht bleibt auch den Gesellschaftsgläubigern; aber nur diesen. Der Privatgläubiger des Gesellschafters kann auch im Falle einer Zahlungsunfähigkeit dieses letzteren zwar von dem ihm im Art. 119 des A. D. HGB. eingeräumten Rechte der Exekution, des Arrestes und der Beschlagnahme Gebrauch machen, er kann aber wegen der Konkursmäßigkeit des Gesellschafters nicht die Gesellschaft in Konkurs erklären lassen. Da indessen der Antheil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen allerdings auch zur Masse im Konkurse des Gesellschafters gehört, dieser Antheil aber erst nach der Auseinandersetzung (Art. 119 des A. D. HGB.) angegriffen werden kann und die fragliche Auseinandersetzung (§. 14 der KO.) außerhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat, so kann, um zu seinem Ziele zu gelangen, der Privatgläubiger nach Art. 126 des A. D. HGB. die Gesellschaft kündigen und dann den Konkurs über den Gesellschafter beantragen; er kann aber auch sofort diesen Antrag stellen, bei dessen Annahme zufolge Art. 123 Ziff. 3 des A. D. HGB. die Gesellschaft sich löst. Allein selbst wenn so gegen alle Gesellschafter verfahren wird, wenn jeder Gesellschafter in Konkurs gerathen ist, wird hiedurch noch immer nicht auch ein Gesellschaftskonkurs bedingt [1]); erst wenn ein Gesellschaftsgläubiger die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft macht, tritt dieser ein.

b. (jeder persönlich haftende Gesellschafter).

An der „Funktion des Gemeinschuldners" — wenn ich mich so ausdrücken darf — nimmt jeder Gesellschafter Theil, welcher für die Schulden der Gesellschaft persönlich, solidarisch mit seinem gesammten Vermögen haftet. Diesem kann denn auch das in §. 95 Abs. 2 der KO. dem Gemeinschuldner eingeräumte Antragsrecht nicht versagt werden.

„Persönlich haftender Gesellschafter" ist bei der offenen Gesellschaft jeder Theilhaber, bei der Kommanditgesellschaft jeder Komplementär, nicht aber der Kommanditist oder Kommandit-Aktionär. Man könnte einem Theilhaber der offenen Gesellschaft, welcher nach Art. 99 des A. D. HGB. von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, das Recht der Antragstellung

1) Anschütz a. a. O. S. 276 Ziff. 1.

versagen wollen; allein dies wäre irrig. Der Ausschluß von der Geschäftsführung enthält nur eine Nichtbefugniß zu jenen Handlungen, welche „der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.“ Zu diesem Kreise von Geschäften gehört aber sicher der Konkursantrag nicht.

Was den Kommanditisten betrifft, so könnte man ihm zu seiner Sicherung allerdings das fragliche Recht einräumen wollen. Bei der Berathung [2]) wurde von Dr. Goldschmidt beantragt, einzuschalten, daß zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens jeder Gesellschafter und die Generalversammlung sowie der Aufsichtsrath einer Kommanditgesellschaft auf Aktien berechtigt sein solle, und zwar deshalb, weil in der Regel die Kommanditisten und Aktionäre den größeren Vermögenstheil hergäben und es hart sei, wenn diese sich nicht gegen fortschreitenden Vermögensverfall durch Konkursantrag schützen könnten. Allein dieser Vorschlag wurde nicht angenommen. Die Gründe [3]), welche ich als wesentlich zum Verständniß dieser Frage dienend nicht übergehen will, waren: „die Frage der Konkurseröffnung berühre unmittelbar nur das Rechtsverhältniß der Gesellschaft nach außen; mittelbar wirke zwar die Konkurseröffnung auf das Rechtsverhältniß der Sozien unter sich ein. Um diesen Zweck zu erreichen, dürfte aber der Antrag auf Konkurseröffnung nicht das Mittel sein. Weder bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft noch bei der auf Aktien sei der Kommanditist gegenüber dem Komplementar irgendwie schutzlos. Der Art. 125 des A. D. HGB. gewähre jedem Gesellschafter (also auch dem Kommanditisten) das Recht, die Auflösung der Gesellschaft im Wege der Klage herbeizuführen. Dasselbe Recht habe bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Generalversammlung und der Aufsichtsrath. Das Handelsgesetzbuch habe absichtlich die Auflösungsbefugniß unter schützende Formen gestellt. Ueber die Auflösung solle im ordentlichen Prozesse verhandelt und nicht durch einen Beschluß des Konkursrichters nebenher im Eröffnungsverfahren entschieden werden. Der einzelne Kommanditist dürfe es nicht in der Hand haben die sofortige Konkurseröffnung herbeizuführen, ohne vorher auf Auflösung der Gesellschaft geklagt zu haben.“

In diesem Schlußsatze darf aber natürlich nicht über seine wahre Bedeutung hinaus eine unrichtige Tragweite interpretirt werden. Der einzelne Kommanditist hat es „immer in der Hand“, den Konkurs herbeizuführen; es kann ihm ja nicht verwehrt sein, einen Konkursgläubiger

---

2) K. Prt. S. 120.

3) Aeußerung des Reg.-Rath Hagens.

zu veranlassen, den Konkursantrag zu stellen. Ich gehe noch weiter, wenn er selbst Forderungen an die Gesellschaft hat (und diese kann er ja leicht im Wege der Cession erwerben), so kann ihm, obwohl er Kommanditist oder Aktionär bleibt, weil er zugleich Konkursgläubiger ist, der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens offenbar nicht versagt sein.

c. (jeder Liquidator).

Daß die Liquidatoren und zwar jeder einzelne den Konkurs beantragen können, ergibt sich aus ihrer Aufgabe, die Auseinandersetzung der Gesellschaft herbeizuführen (A. D. HGB. Art. 137, 142, 172). Wird ein Kommanditist oder ein Aktionär der Kommanditgesellschaft auf Aktien zum Liquidator bestellt, so verliert er das ihm als solchem zustehende Antragsrecht nicht wegen seiner Eigenschaft als Kommanditist oder Aktionär [4]).

d. (so ist derselbe zuzulassen).

Wenn sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter oder sämmtliche Liquidatoren den Antrag auf Konkurseröffnung stellen, so befinden sie sich in der Stellung des gewöhnlichen Gemeinschuldners; es obliegt ihnen die Begründung ihres Antrags nach §. 96 der KO. Handelt aber nur eine oder handeln nur einige dieser Personen, so werden sie nach §. 97 der KO. beurtheilt. (Vgl. oben zu §. 194 lit. h S. 675).

e. (zu hören).

Vgl. die Erläuterungen oben zu §. 194 lit. i S. 676.

---

§. 200.

Zwangsvergleich.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter [a]) geschlossen werden [b]).

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein Anderes festsetzt [c]), zugleich den Umfang der solidarischen Haftung [d]) der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen.

I. E. 223; II. E. §. 200; Pr. H. E. Art. 937; Pr. KO. §§. 289, 290; B Pr. O. —.

a. (kann nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter).

Es ist oben bei der Erörterung der Natur des Zwangsvergleiches [1])

---

4) Motive zum II. E. S. 447.

1) Siehe Abth. II S. 609.

dargelegt worden, daß dessen Gegenstand sich nicht auf die Befriedigung der Gläubiger aus der Konkursmasse zu beschränken habe, vielmehr die umfassendere Befriedigung der Gläubiger, aber auch die Befreiung des sonst dem Gemeinschuldner gehörigen und des später erworbenen Vermögens des Schuldners zum Inhalte haben müsse. Dieser Gesichtspunkt ist in einem Gesellschaftskonkurs besonders zutreffend. Für die persönlich haftenden Gesellschafter würde ein Zwangsvergleich fast werthlos sein, wenn dieselben neben der Vergleichsquote noch für den Rest der Gesellschaftsforderungen persönlich haftbar blieben. Daß der Vergleich auch die Befreiung des Privatvermögens der Gesellschafter nach sich zieht, bedingt aber nothwendig, daß derselbe mit allen persönlich haftenden Theilhabern abgeschlossen werden muß [2]). Hier findet also das im vorigen Paragraphen dem Richter eingeräumte Recht, über den von einem oder einigen Gesellschaftern gestellten Antrag die übrigen zu hören und eine Einigung herbeizuführen, nicht Statt. Ein Akkordvorschlag, welcher nicht von allen Gesellschaftern gemeinsam eingereicht wird, bleibt einfach unbeachtet.

Der Zustimmung des Kommanditisten bedarf es nicht. „Thatsächlich wird freilich — bemerken mit Recht die Motive (zum II. E. S. 488) — meist das Interesse der Kommanditisten mit dem der Komplementäre zusammenfallen, und es wird den Vergleichsabschlüssen meist eine Einigung dieser mit jenen, namentlich bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, mit einer Generalversammlung der Aktionäre oder mit dem Aufsichtsrathe vorhergehen. Rechtlich aber kann es hierauf nicht ankommen. Den Gesellschaftsgläubigern haftet das Gesellschaftsvermögen und also die Kommanditantheile zur vollen Höhe; nur wegen des Ausfalles können sich die Gesellschaftsgläubiger an das Vermögen der Gesellschafter halten. Die Kommanditisten haben also keine Befugniß, die Gläubiger an dieses Vermögen zu weisen und ihre Kommanditantheile dadurch zu entlasten. Hiezu kommt, daß namentlich bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien die Zuziehung aller Kommanditisten die Abschließung eines Akkordes sehr erschweren, ja oft unmöglich machen würde.

Dieselben Gründe lassen auch bei dem Konkurse über eine in Liquidation befindliche Gesellschaft die Zuziehung der Liquidatoren zum Zwangsvergleiche als nicht geboten erscheinen.

---

2) Es bedarf kaum der Erinnerung, daß diese Vorschrift sich auf den ungezwungenen Vergleich nicht bezieht. Wenn auch nur ein persönlich haftender Gläubiger, ja selbst wenn der Kommanditist die Zustimmung aller Konkursgläubiger beibringt, kann das Verfahren auf Grund des §. 188 der KO. eingestellt werden.

b. (geschlossen werden).

Nicht blos der Abschluß, sondern überhaupt alle Handlungen, in denen bei einem Zwangsvergleiche der Gemeinschuldner als solcher thätig ist, bedingen das Zusammenwirken aller persönlich haftenden Gesellschafter und zwar müssen bei positivem Handeln alle zusammenhandeln, bei negativen Momenten muß das Vorhandensein bei allen zusammen fehlen. Es ist bereits früher [3]) erörtert worden, daß die in §. 162 aufgeführten Unzulässigkeitsgründe hinsichtlich aller persönlich haftenden Gesellschafter nicht gegeben sein dürfen; ebenso ist der §. 168 übertreten, wenn auch nur einer der persönlich haftenden Gesellschafter einem Gläubiger einen Vorzug zusichert; es müssen hier wie im Falle des §. 173 die sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschafter [4]) „reine Hände" haben und die Verurtheilung eines einzigen von ihnen bildet schon die Voraussetzung zu §. 183. Andserseits kann z. B. eine wiederholte Abstimmung nach §. 169 nicht von einem Gesellschafter allein beantragt werden; nicht jeder für sich, sondern nur alle gemeinsam können die Beschwerde nach §. 174 erheben und Aehnliches.

c. (der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein Anderes festsetzt).

Nachdem die Gesellschaft als Subjekt des Gesellschaftsvermögens als von der Person der Gesellschafter getrennt gedacht wird, müßte eigentlich der Zwangsvergleich, welcher mit der Gesellschaft als solcher geschlossen wird, auch nur das Gesellschaftsvermögen betreffen [5]). Allein es sind bereits früher die Gründe dargelegt worden, weshalb eine solche Beschränkung legislativ unzweckmäßig wäre. Die obige Bestimmung ist also contra jus strictum ergangen.

Die „andere Festsetzung" könnte sich auch dahin erstrecken [6]), daß nicht alle, sondern ein einzelner oder einige Gesellschafter über den Zwangsvergleich hinaus haften bleiben; §. 168 steht dem natürlich nicht entgegen.

d) (den Umfang der solidarischen Haftung).

Diese Fassung besagt ein Doppeltes: einmal die persönlich haftenden Gesellschafter können sich auf den durch den Zwangsvergleich gewährten Erlaß auch in dem Regreß gegen ihr persönliches Vermögen berufen; an-

3) Abth. II. S. 545.

4) Bei der Kommanditgesellschaft also alle Komplementare.

5) Und zwar um so mehr, als der Zwangsvergleich die Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen nach §. 178 der KO. unberührt läßt.

6) De theoria; in praxi wird sich höchstens ein Gesellschafter, welcher ohnehin Nichts hat, allein in solche Position begeben.

derseits aber haften sie gleichfalls für die im Zwangsvergleiche zugesicherten Leistungen [7]). Allein auch für diese nicht primär und alternativ, sondern nur subsidiär, erst wenn die nach §. 179 der KO. in das Gesellschaftsvermögen versuchte Zwangsvollstreckung einen Ausfall ergibt.

---

§. 201.

Behandlung der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurse.

Wenn Gesellschaftsgläubiger in einem über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters [a]) eröffneten Konkursverfahren [b]) ihre Befriedigung wegen des Ausfalls suchen, welchen sie in dem Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen erleiden [c]), so sind [d]) bei den Vertheilungen die Antheile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen [e]) zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftvermögen feststeht [f]).

Im übrigen finden auf die vorstehend bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§. 57, 88 entsprechende Anwendung [g]).

I. E. §. 224; II. E. §. 201; Pr. H. E. Art. 936 Abs. 2; Pr. KO. §. 288, 291; Bayr. Einf.-Ges. zum A. D. HGB. Art. 45 und B. Pr. O. Art. 1176.

a. (eines persönlich haftenden Gesellschafters).

Die Kommanditisten und die Inhaber von Aktien bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien haften überhaupt nicht mit ihrem Privatvermögen. Bei ihnen kann also die Voraussetzung des §. 201 nicht eintreten; der Paragraph nennt deshalb nur die persönlich haftenden Gesellschafter, seien es Mitglieder einer offenen Gesellschaft oder Komplementare.

b. (Konkursverfahren).

Der Art. 122 des A. D. HGB. hat die Frage, wie weit der Gesellschaftskonkurs auf das Privatvermögen [1]) der Gesellschafter zurückwirke, dahin entschieden, daß vorerst der Ausfall in der Gesellschafts-

---

7) Dies wäre nicht der Fall, wenn der Zwangsvergleich eine Novation enthielte, was nach der KO. nicht der Fall ist, vgl. oben Abth. II S. 615.

1) Dieser Ausdruck ist dem Art. 122 des A. D. HGB. entnommen, aber eigentlich ungenau; „Privatvermögen" ist das Gesellschaftsvermögen auch; es sollte heißen „Sondervermögen" oder „spezielles Vermögen" oder dergleichen.

Konkursmasse feststehen müsse. Die Frage aber, ob die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen zugleich die Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Gesellschaftsmitglieder nach sich ziehe, war der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben[2]), ebenso wie die Frage, ob in dem Konkurse über das Privatvermögen den Privatgläubigern ein Vorzugsrecht oder ein Separationsrecht vor den Gesellschaftsgläubigern zustehen solle[3]).

In Uebereinstimmung mit der Pr. KO. (§. 287 Abs. 2) und dem Preußischen Einführungsgesetze zum A. D. HGB. hatte auch Art. 44 des Bayerischen Einführungsgesetzes zum A. D. HGB. die Bestimmung getroffen: „In Folge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Handelsgesellschaft ist zugleich über das Vermögen eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters von dem hiezu kompetenten Gerichte der Konkurs zu eröffnen, wenn die Gesellschaftsgläubiger oder auch nur einer derselben dies beantragen". Die gleiche Bestimmung ward in Art. 1176 der Bayer. Civ.-Pr.-O. wiederholt mit dem ausdrücklichen Beisatze: „ohne Rücksicht darauf, ob sein Vermögen überschuldet ist oder nicht". Diese gesetzliche Anordnung hat die gegenwärtige Konkursordnung nicht adoptirt. Zwar ist es faktisch richtig — was die Motive zum Bayer. Einf.-Gesetze bemerkten[4]) — daß angenommen werden könne, es seien auch die persönlich haftenden Gesellschaftsmitglieder zahlungsunfähig, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen einstellt; allein der weitere Grund, „daß sich vernünftigerweise nicht denken lasse, ein Gesellschafter, der noch hinreichende Mittel besitzt, werde es zum Konkurse der Gesellschaft kommen lassen, nachdem er ja doch mit seinem ganzen Vermögen für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet", wird von den Motiven zur KO. als nicht richtig erklärt[5]). „Nothwendig sei dies keineswegs, ja im Gegentheil der Fall denkbar, daß ein sehr zahlungsfähiger Gesellschafter, der auch bereit ist, alle Gesellschaftsschulden voll aus seinem Privatvermögen zu decken, selbst den Antrag auf Liquidation[6]) oder Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen stellt, in der Ueberzeugung, daß die Geschäfte der Gesellschaft nur mit Schaden fortbetrieben werden kön-

2) Die erstere stillschweigend, die letztere im Art. 122 des A. D. HGB. ausdrücklich.

3) Hierüber siehe die Erläuterung zu lit. d

4) Vgl. Lutz, Erläuterungen S. 129.

5) Zum II E. S. 450.

6) Hic haeret aqua: auf „Liquidation" wird er dringen, aber nicht auf Konkurs.

nen und er daher in Gefahr stehe, immer tiefer mit seinem Privatvermögen hineingezogen zu werden" [7]).

Sonach ist jetzt geltendes Recht: über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters soll die Konkurseröffnung nur stattfinden, wenn gegen ihn die allgemeinen Voraussetzungen der §§. 94 und 95 — Zahlungsunfähigkeit und Antrag — vorhanden sind. Sofort erhebt sich die Frage, wie wird bei Feststellung dieser Zahlungsunfähigkeit die Haftung des Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden behandelt? Kommt sie gar nicht, kommt sie vollständig, kommt sie nur in ihrer durch den Ausfall begränzten Höhe in Betracht? Beispielsweise: der Lederhändler Abraham, der Bankier Isaak und der Privatier Jacob betreiben unter der Firma Abraham & Comp. ein Kunstbutter-Geschäft; sie machen aber „schlechte" Geschäfte und beantragen deshalb unter Vorlage einer Bilanz, welche 100,000 Mark Aktiva und 200,000 Mark Passiva zeigt, die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft. Der Schweinehändler Borstig, welcher der Butterfabrik das benöthigte Schweinefett geliefert und dafür einen Saldo von 20,000 Mark rückständig, überdies aber für an Abraham in sein Ledergeschäft gelieferte Häute ein Accept 3 Monat dato von 10,000 Mark in Händen hat, will nun über das Privatvermögen des Lederhändlers Abraham den Konkurs beantragen. Vor Allem frägt sich: könnte er dies, auch wenn er nicht seinen Wechsel an den Abraham als Lederhändler besäße? Unzweifelhaft, es besteht keine gesetzliche Bestimmung, daß über das Privatvermögen eines Gesellschafters nur ein Privatgläubiger den Konkurs beantragen könne; vielmehr lautet die Voraussetzung des §. 201 der KO. ganz allgemein: „wenn . . . . . in einem über das Privatvermögen . . . . . eröffneten Konkurse". . . Was muß nun Borstig darthun: daß Abraham außer Stande sei, auch nur seinen Wechsel von 10,000 Mark zu zahlen? oder daß er außer Stande sei, diese 10,000 Mark und jene 20,000 Mark zu bezahlen, welche möglicherweise als Haftung aus der Gesellschaft auf ihn übergehen können? oder daß er außer Stande sei, den Wechsel und die 50 %, welche nach der Bilanz den voraussichtlichen Ausfall an dem Schweinefett-Saldo im Gesellschaftskonkurse bilden werden, zu decken? oder endlich muß auch noch in Anschlag gebracht werden, was etwa an diesem Ausfall von den Sozien Isaak und Jacob noch möglicherweise zu

---

7) Die legislativen Erwägungen über beide Systeme, welche in den Motiven sehr schön und ausführlich dargelegt werden, übergehe ich als für die Praxis nicht von Nutzen.

erholen ist? Man sieht, es erheben sich hier mehrfache Zweifel; indessen beantworten sich die Fragen leicht aus den allgemeinen Prinzipien. Keinenfalls kommen die erste und die letzte Alternative zur Anwendung: die Haftung aus der Gesellschaftsschuld besteht schon jetzt; wenn auch Art. 122 des A. D. HGB. nur den „Ausfall“ an der Gesellschaftsforderung als Forderung gegen das Privat-Vermögen des Gesellschafters erklärt, so entsteht doch dasselbe nicht erst durch den Ausfall, sondern sie begränzt sich nur auf denselben. Die Rücksicht auf die Mitkompagnons aber fällt hinweg in Folge der Solidarität und in Folge der Vorschrift des §. 61 der KO., welcher die Solidarforderungen stets im vollen Betrage liquidiren läßt. Diese letztere Vorschrift nun ist es auch, welche für die zweite Alternative, daß nämlich bei Begründung der Zahlungsunfähigkeit nicht der vermeintliche Ausfall, sondern die ganze Gesellschaftsforderung in Betracht zu ziehen sei, zu sprechen scheint. Indessen glaube ich doch, daß dieser Schluß zu weit ginge; ich kann Jemanden nicht für „zahlungsunfähig“ erklären, weil er eine Forderung nicht zu decken im Stande ist, die nie an ihn gemacht werden wird; es wird aber in obigem Beispiele Abraham niemals für die vollen 20,000 Mark aufkommen müssen. Ob freilich der Richter strikte die Bilanz als richtig annehmen und den Ausfall lediglich hienach bemessen wird, hängt von der freien richterlichen Prüfung der Sachlage ab.

Sonach ergibt sich als Resultat: Wird der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters beantragt, so kann als „Forderung des Gläubigers“ im Sinne des §. 97 der KO. auch die Gesellschaftsforderung behandelt werden, bei der Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit aber kommt nur der vermuthliche Ausfall derselben im Gesellschaftskonkurse in Betracht [8]).

c. (erleiden).

I. Nicht „erlitten haben“; die Gesellschaftsgläubiger können sich, wie bereits bemerkt, nicht erst dann im Konkurse über das Privatvermögen betheiligen, wenn der Ausfall feststeht. Ist aber dieses „Erleiden“ faktisch oder rechtlich zu interpretiren? das heißt, kommt es nur darauf an, was effektiv der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurse nicht erhält, oder kommt in Betracht, was er bei Anwendung der ihm obliegenden Thätigkeit hätte erhalten können? Das Reichsoberhandelsgericht [9])

8) Es liegt hierin kein wirklicher, sondern nur ein scheinbarer Widerspruch mit der später zu erörternden Berücksichtigung dieser Gesellschaftsforderung im vollen Betrage, wenn einmal Konkurs ausgebrochen ist.

9) Entscheidung vom 22 Mai 1875 (Bd. XVII S. 284, 352).

vertrat bisher diese letztere Anschauung; allein bei der Kommissionsberathung[10]) vertrat Reg.-Rath Hagens in ausführlicher Darlegung den entgegengesetzten Standpunkt und machte besonders auf die Schwierigkeit des praktischen Nachweises aufmerksam über das, was der Gläubiger nur durch sein Verschulden nicht erhalten habe. Die Mehrheit trat diesen Ausführungen bei und es muß also jetzt als Ausfall derjenige Betrag verstanden werden, welchen der Gesellschaftsgläubiger — gleichviel aus welchem Grunde — thatsächlich nicht erhalten hat. Hierunter gehört also auch der Fall, daß der Gesellschaftsgläubiger auf die Geltendmachung seiner Gesellschaftsforderung im Gesellschaftskonkurse verzichtet, oder daß er nur einen Theil derselben in diesem liquidirt oder daß er die Betreibung einer widersprochenen Forderung versäumt u. dgl.

II. Ist über das Privatvermögen mehrerer persönlich haftender Gesellschafter der Konkurs eröffnet, so kann dem Gesellschaftsgläubiger nicht verwehrt sein, neben der Anmeldung im Gesellschaftskonkurse auch in jedem einzelnen Privatkonkurse seine volle Forderung zu liquidiren[11]). Der auf die volle Forderung entfallende Antheil muß dann in jedem dieser Konkurse zurückbehalten werden und wird sodann schlüßlich die Dividende nach dem betreffenden Verhältnisse jedes einzelnen Konkurses berechnet, nur kann er in allen Privatkonkursen zusammen nicht mehr als seine Forderung, das heißt seinen Ausfall (denn dies, nicht der ursprüngliche Schuldbetrag ist, wie bereits erörtert, seine Forderung in den Privatkonkursen) erhalten. Wenn also in obigem Beispiel Borstig im Gesellschaftskonkurse für seine 20,000 Mark 30 % perzipirt hat, so kann er in den Konkursen über das Privatvermögen des Abraham, des Isaak und des Jacob zusammen nur mehr 14,000 Mark erhalten. Wenn nun aber in dem Konkurse des Isaak 65 % und in dem des Jaaob 75 % vertheilt werden, so würde an sich jede Quote und zwar gleichheitlich, um 20 %[12]) zu reduziren sein. Praktisch wird dies aber daran scheitern,

10) K. Prt. S. 191—193.

11) Ueber den Fall, daß zwar ein Gesellschaftskonkurs besteht, über das Privatvermögen des oder der persönlich haftenden Gesellschafter aber kein Konkurs eröffnet ist, siehe im Kommentar zum A. D. HGB. Bd. II Abth. 2 (2. Aufl.) S. 104.

12) Man könnte auch daran denken, im Verhältniß von 75 % zu 65 %, also pro rata zu reduziren. Allein die Solidarität der persönlich haftenden Gesellschafter dem Gläubiger gegenüber führt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur gleichheitlichen Repartition; eher noch könnte man eben wegen dieser Gleichheit dahin gelangen, sowohl von der Isaak'schen wie von der Jacob'schen Masse 50 % zu beanspruchen.

daß gewöhnlich die Konkurse nicht pari passu zu erledigen sein werden, daß also z. B. in Isaaks Konkurse die 65% ausbezahlt werden müssen, ehe man weiß, was in Jacobs Konkurs auf die Gläubiger entfällt. Sowohl in diesem Falle wie auch dann, wenn dem Prozentsatze nach aus der Masse eines persönlich haftenden Gesellschafters mehr erholt worden ist, als denselben nach dem zwischen den Gesellschaftern bestehenden inneren Rechtsverhältnisse zu zahlen trifft [13]), ergibt sich die Frage, ob die betreffende Konkursmasse nicht einen Rückgriff gegen die Massen der übrigen persönlich haftenden Gesellschafter habe [14]). Diese Frage ist zu verneinen [15]). Denn die Forderung auf Rückersatz wird erst dadurch begründet, daß die eine Masse ihre Dividende an den Gläubiger verabfolgt, sonach fällt ihre Entstehung in die Zeit nach der Konkurseröffnung, sie gehört also nach §. 2 der KO. nicht zu den Konkursforderungen. Andererseits wird auch die Aktivforderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens begründet und ist also nach §. 1 kein Bestandtheil der Masse. Ob dieselbe nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung einer Masseschuld anzunehmen sei, ist eine andere Frage, welche wohl mit einigem Grund bejaht werden könnte.

d. (so sind — zurückzubehalten).

I. Die vorstehenden Worte enthalten die wichtige Entscheidung, daß im Privatkonkurse die Privatgläubiger kein Vorzugs- oder Separationsrecht vor den Gesellschaftsgläubigern haben. Hiemit ist der oben erwähnte Vorbehalt für die Landesgesetzgebung, welchen Art. 122 des A. D. HGB. enthält, beseitigt [16]). In der Berathungskommission war von verschiedenen Seiten für die Wiederherstellung des Separationsrechtes eingetreten worden [17]), allein die Ausführungen des Reg.-Rath Hagens [18]) bewirk-

---

13) Nach Maßgabe des bestehenden Gesellschaftsvertrages kann, abgesehen von der unbeschränkten Haftung Dritten gegenüber, die gegenseitige Haftung allerdings in ein gewisses Verhältniß gestellt sein, so daß derjenige socius, der den Dritten bezahlt hat, seinen Regreß an den anderen socius wegen der auf diesen fallenden Quote nehmen kann.

14) Sowohl der Code de commerce Art. 543, als die Pr. KO. §. 87 befolgten in Bezug auf die Hypotheken ein anderes Prinzip.

15) Renaud, Commanditges. S. 610.

16) Bayern hatte ebenso wie Preußen hievon ohnehin keinen Gebrauch gemacht.

17) K. Prt. S. 122 ff. und S. 190 ff.

18) Derselbe bemerkte unter Anderem: „nur die Gesellschaftsgläubiger kontrahirten mit der Gesellschaft, die Privatgläubiger hätten überhaupt keinen Anspruch an das Gesellschaftsvermögen. Anders stehe der Gesellschafts-

ten — wenn auch nur (in erster Lesung) mit einer Stimme Majorität — die Ablehnung dieser Aenderung.

II. Die kategorischen Worte der obigen Gesetzesstelle könnten möglicherweise zu der Auslegung führen, als ob die Anmeldung im Gesellschaftskonkurse allein schon genügen würde, damit sofort auch im Privatkonkurse über die Gesellschafter die Forderungsdividende zurückzuhalten sei. Dies wäre aber irrig, vielmehr muß die erste Voraussetzung herabbezogen, („wenn sie — Befriedigung suchen") und diese durch die selbstverständlichen Worte ergänzt werden: „in der in der Konkursordnung vorgeschriebenen Weise". Das heißt also, wenn ein Gesellschaftsgläubiger überhaupt in dem Privatkonkurse über einen Gesellschafter Etwas erhalten will, so muß er seine Gesellschaftsforderung in ihrer Qualität als persönliche Forderung gegen den Gesellschafter in dessen Privatkonkurse wie jeder andere Konkursgläubiger anmelden; er muß sie feststellen lassen und bei etwaigem Widerspruche Seitens des Verwalters im Privatkonkurse oder eines Privatgläubigers nach §. 134 der KO. die Feststellung betreiben. Die Anmeldung und auch die Feststellung im Gesellschaftskonkurse genügt nicht [19]). Wird die Forderung in beiden Konkursen bestritten, so kann der Berechtigte die Gegner als Streitgenossen belangen [20]).

c. (die Antheile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen).

Was den Gesellschaftsgläubigern im Privatkonkurse gebührt, ist allerdings nur die Ausfallsforderung; allein schon die Billigkeit gebietet, daß dieselbe nicht vollständig gleich einer Absonderungsforderung nach §. 57 der KO. behandelt werde. Vielmehr greift der Gesichtspunkt Platz, daß die Forderung zugleich an die Gesellschaft und an die Gesellschafter gerichtet ist, sonach eigentlich der §. 61 der KO. anwendbar wäre. Aber insoferne nicht völlig, als immerhin der Art. 122 der A. D. HGB. eine gewisse Subsidiarität statuirt. Sonach ordnet das Gesetz an, daß zwar der volle Betrag der Gesellschaftsforderung im Privatkonkurse berücksichtigt wird, aber weder dessen sofortige Tilgung nach §. 61, noch auch dessen sofortige Reduzirung auf den Ausfall nach §. 141 eintritt, sondern die-

---

gläubiger dem Privatvermögen der Gesellschafter gegenüber; dieses hafte nicht blos subsidiär, sondern solidarisch". Die Gegengründe waren hauptsächlich von der praktischen Erwägung bestimmt, daß die Privatgläubiger, unter denen sich die Ehefrau, die Kinder und Pflegebefohlenen befinden würden, allzusehr hinter den Gesellschaftsgläubigern zurückstehen würden.

19) Vgl. die Erk. des ROHG. in Bd. VI S. 419 Bd. XX S. 182, Bd. XXI S. 430.

20) Hullmann, Erläuter. S. 351.

ser Betrag so lange zurückbehalten bleibt, bis der Gesellschaftskonkurs zu Ende ist.

Natürlich wird aber nicht der volle Betrag selbst zurückbehalten, sondern es muß auch hier wie bei jeder Forderung der Gläubiger sich die Reduktion auf die Dividende gefallen lassen. Wenn demnach in obigem Beispiele im Privatkonkurse des Abraham die Gläubiger 25 % erhalten, so werden für Borstig's 20,000 Mark Gesellschaftsforderung 5000 Mark zurückgelegt.

Wenn dann der Ausfall im Gesellschaftskonkurse feststeht, beginnt eine abermalige Reduktion. Selbstverständlich kann der Gläubiger nicht die Quote seines Ausfalles fordern, sondern nur dessen Dividende. Gesetzt also, im Konkurse über die Gesellschaft Abraham & Comp. hat sich schließlich eine Befriedigung zu 30 % (statt der ursprünglich nach der Bilanz erwarteten 50 %) ergeben, und Borstig also für seine Gesellschaftsforderung 6000 Mark erhalten, so beträgt seine Ausfallsforderung 14,000 Mark. Die im Privatkonkurse für ihn reservirten 5000 Mark würde also diese noch immer nicht decken. Allein demohngeachtet erhält er sie nicht voll. Denn was er im Konkurse des Lederhändlers Abraham zu fordern hat, beträgt — wie sich herausstellt — nicht 20,000 Mark, sondern nur den Ausfall hievon mit 14,000 Mark; erst diese letzteren sind seine Konkursforderung, und nur von dieser gebührt ihm die Dividende, wie sie alle Konkursgläubiger erhalten [21]). Demnach erhält er 25 % von 14,000 Mark, also nicht 5000 Mark, sondern 3500 Mark. Der Rest gelangt nach §. 153 der KO. zur Nachvertheilung, an welcher er aber gleichfalls pro rata seiner Ausfallsforderung von 14,000 Mark theilzunehmen berechtigt ist.

f. (feststeht).

Der Nachweis muß vom Forderungsberechtigten geliefert werden und zwar wohl einfach durch eine Bestätigung des Verwalters im Gesellschaftskonkurse. Würden die Mitgläubiger behaupten, es hätten außer den Vertheilungen, deren Ergebniß der Gesellschaftsgläubiger vorlegt, noch andere stattgefunden, so wird wohl auch hierüber das Zeugniß des Verwalters entscheidend sein. Deshalb möchte es sich empfehlen, von vorneherein die Fassung dahin zu wählen: „Der unterzeichnete Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Kunstbutter-Fabrik Abraham & Comp. be-

---

21) Hierüber kann nach den Verhandlungen in der Berathungskommission (vgl. die oben citirten Stellen der Prt. S. 190 ff.) kein Zweifel sein und es stimmen hiermit überein Hullmann S. 350, v. Sarwey S. 858 ff., v. Wilmowski S. 509.

stätigt, daß Herr Borstig in der Vertheilung vom 15. Juli 1880 an seiner Forderung 5 %, also 1000 Mark, am 2. Januar 1881 weitere 10 %, also 2000 Mk. und in der Schlußvertheilung vom 3. Juni 1880 nochmals 10 %, im Ganzen also 5000 Mark erhalten hat und weitere Vertheilungen weder stattgefunden haben noch in Aussicht stehen."

g. (Im übrigen finden .... §§. 57, 88 entsprechende Anwendung).

Die Anwendbarkeit des §. 88 der KO. ist klar; ob und in wieweit ein Gesellschaftsgläubiger im Konkurse über das Privatvermögen des Gesellschafters für seine Ausfallsforderung ein Stimmrecht haben solle, entscheidet der Richter im Falle eines Widerspruchs. (Vgl. oben Abth. II S. 118).

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, was die Heranziehung des §. 57 bedeutet. Aus der Kommissionsberathung, in welcher das Citat auf Antrag des Abg. Dr. Websky erst eingeschaltet wurde [22]), ergibt sich, daß damit lediglich die bereits mehrfach erörterten Sätze klar gestellt werden sollten:

1) daß die Dividende im Privatkonkurse nicht nach der Höhe der Gesellschaftsforderung selbst, sondern nur nach der Höhe ihres Ausfalles im Gesellschaftskonkurse berechnet werden soll, und

2) daß die §. 141 Abs. 1 und 2 und §. 144 keine entsprechende Anwendung finden sollen, daß demnach wie oben bemerkt die Ausfallsforderungen der Gesellschaftsgläubiger besser gestellt sind, als die gewöhnlichen Absonderungsforderungen. Der Gesellschaftsgläubiger muß im Privatkonkurse weder bei einer Abschlagsvertheilung den muthmaßlichen Ausfall glaubhaft machen, noch bis zur Schlußvertheilung den Ausfall nachweisen oder seinen Verzicht erklären. Vielmehr muß die entfallende Dividende solange zurückbehalten werden, bis überhaupt das Verhältniß klar gestellt ist.

II. Konkurs über einen Nachlaß.

§. 202.

Zuständigkeit.

II. Für das Konkursverfahren über einen Nachlaß [a]) ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Erblasser

---

22) Vgl. K. Prt. S. 190 ff.

zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat [b]).

I. E. §§. 19, 73; II. E. §. 202; Pr. H. E. Art. 908; Pr. KO. §§. 114, 115, 319, 320; B. Pr. O. Art 1175 Abs. 3.

§. 203.

Voraussetzung der Eröffnung.

Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Ueberschuldung des Nachlasses voraus [c]).

I. E § 100; II. E. §. 202; Pr. H. E. —; Pr. KO. §§. 114 Nr. 322, 323, 357; B. Pr. O. —.

§. 204.

Einfluß und Ueberlegungsfrist.

Die Eröffnung des Verfahrens wird nicht dadurch gehindert, daß der Erbe noch eine Ueberlegungsfrist hat [d]).

I. E. §. 101; II. E. §. 203; Pr. H. E. —; Pr. KO. §. 324; B. Pr. O. —.

§. 205.

Eröffnungsantrag und Verfahren.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist [e]) jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger [f]) berechtigt [g]).

Wird der Antrag nicht von allen Erben oder Nachlaßvertretern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Erben oder Nachlaßvertreter nach Maßgabe des §. 97 Abs. 2, 3 zu hören [h]).

I. E. §. 99, 102 ff.; II. E §. 205; Pr. H. E. —; Pr. KO. §§. 321, 326, 335 Abs. 2, 338; B. Pr. O. —.

§. 206.

Zwangsvergleich.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben oder Nachlaßvertreter geschlossen werden [i]).

I. E. —; II. E. §. 296; Pr. H. E. —; Pr. KO. —; B. Pr. O. —.

a. (Für das Konkursverfahren über einen Nachlaß).

I. Das Ganze der auf Sachen sich beziehenden und in ihnen ihren

Maßstab findenden Rechte und Verbindlichkeiten, die in einer Person als ihrem Subjekte vereinigt sind, und welches man unter den Namen „das Vermögen" begreift, soll eine von dem Leben der Person unabhängige Dauer haben. Dies wird dadurch erreicht, daß nach dem Tode die dadurch aufgehobene natürliche Person doch noch während einer gewissen Zeit als zusammenhaltendes Subjekt jener Rechtsverhältnisse gedacht bleibt [1]) oder vielmehr das Vermögen, indem es zum Nachlaß wird [2]), für sich selbst als Rechtssubjekt auftritt. Erst wenn der Erbe oder die Erben den Nachlaß so an sich nehmen, daß er zum integrirenden Theile ihres eigenen Vermögens wird, erst dann hört der „Nachlaß" als ein selbständiger Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten auf.

Es ist klar, daß, solange das Vermögen eines Verstorbenen „Nachlaß" bleibt, also, um mit Brinz [3]) zu sprechen, „ein Ding, in dem Rechte und zwar Eigenthum und Obligationen enthalten und zusammengehalten sind", über dasselbe — mag man ihm nun eine juristische Persönlichkeit zuschreiben oder nicht [4]) — ein selbständiger Konkurs stattfinden kann, daß aber solches von dem Momente an nicht mehr möglich erscheint, in welchem die beiden Vermögen — das des Verstorbenen und das des Erben — untrennbar und unscheidbar vermischt werden; denn dann richtet sich der Konkurs eben gegen den neuen Inhaber [5]). Das heißt, soferne entweder ein Erbe überhaupt nicht oder noch nicht da ist oder soferne der Erbe, indem er von der Rechtswohlthat der Inventarisirung [6]) Gebrauch macht, den Nachlaß getrennt von seinem eigenen Vermögen hält, wird der Nachlaß, falls er

---

1) Vgl. Puchta, Pandekten S. 446.

2) Brinz, Pandekten 1. Auflage Bd II S. 660. „Das Vermögen — in begrenztem Umfange — wird durch den Tod seines Inhabers zum Nachlaß."

3) A. a. O. S. 662.

4) Die Motive zum II. E. S. 452 verwahren sich gegen diese Annahme, im Anschlusse an die neuere, der Puchta'schen Ansicht entgegengetretene Doktrin.

5) Ueber die Frage, ob die Gläubiger eine solche Vermischung verhindern können, vgl. unten lit. l.

6) Diese segensreiche und, wie wir jetzt glauben, unentbehrliche Rechtsgestaltung ist erst im Jahre 531 von Kaiser Justinian (durch die zur Zeit als c. 22 im Codex 6, 30 stehende Verordnung) geschaffen worden, wie man sagt, auf Rath seiner Gemahlin, der schönen vormaligen Schauspielerin Theodora. Man sieht hierin von Neuem, welchen wohlthätigen Einfluß die Damen vom Theater auf die Gesetzgebung ausüben, wenn sie sich damit beschäftigen, weshalb ihnen solches oder doch wenigstens die Verehlichung mit einem höheren Justizbeamten gar nicht genug empfohlen werden kann.

zur Deckung der Schulden nicht ausreicht, falls er überschuldet ist, selbst zum Gemeinschuldner. Ich halte dieses (nicht aber, wovon der I. Entwurf ausgegangen war [7]), daß der Erbe, und auch nicht, was die Motive zum II. Entwurfe [8]) bemerken, daß der Erblasser als Gemeinschuldner zu behandeln sei) für die allein richtige Konstruktion des Nachlaßkonkurses als eines selbständigen Konkursverfahrens.

Dieses Verfahren — sagen die Motive — wird in der Regel den ganzen Nachlaß zum Gegenstande haben, auch wenn mehrere Erben vorhanden sind. Soferne jedoch letzteren Falls der Nachlaß kraft des Gesetzes in verschiedene Erbtheile zerfällt, oder zufolge der Auseinandersetzung der Miterben getheilt ist, so kann ein Konkursverfahren auch über den Erbtheil eines unbekannten oder eines mit der Rechtswohlthat des Inventars erbenden Miterben stattfinden, vorausgesetzt, daß der Erbtheil im Verhältniß zu den Antheilen der anderen Miterben und im Verhältniß zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes selbstständiges Vermögen bildet [9]). Ueber diese Voraussetzungen entscheidet das Civilrecht.

Dagegen ist es ausgeschlossen, daß, wenn einmal der Nachlaß als selbständiges Ganzes aufgehört hat zu existiren, dennoch nachträglich in Folge des in §. 43 der KO. den Gläubigern des Verstorbenen und Vermächtnißnehmern unter Umständen eingeräumten Absonderungsrechtes ein „Nachlaßkonkurs“ eintrete [10]). Dieses Absonderungsrecht besteht nicht am

---

7) I. E. §. 19.: „Wenn der Gemeinschuldner während des Gemeinschuldverfahrens stirbt, oder wenn ein solches über einen Nachlaß eröffnet wird, so finden die Vorschriften dieses Gesetzes über das Verhältniß des Gemeinschuldners zur Gemeinmasse auf den Erben Anwendung.“

8) Motive zum II. E. S. 452: „Die Trennung, welche alle Rechtssysteme zwischen dem Nachlasse und dem Vermögen des noch unbekannten oder des Benefizial-Erben, sowie zwischen den Nachgläubigern und den Gläubigern des Erben aufstellen, ist so durchgreifend, daß es sich vollkommen rechtfertigt, den Nachlaß als selbständiges Vermögensganzes und dessen bisherigen Träger, den Erblasser, als Gemeinschuldner zu behandeln.“

9) Dies ist z. B. möglich, wenn mehrere Erben vorhanden sind, von denen der eine unbedingt, der andere nur bedingt antritt. Bei dem ersteren kann, insoferne er selbst zahlungsfähig ist, eine Ueberschuldung des Nachlasses nicht eintreten; ist er aber zahlungsunfähig, so kommt nicht der Nachlaß, sondern er selbst in Konkurs. Während aber bei Solvenz des unbedingt Antretenden sein Erbtheil nicht in Konkurs fällt, kann der übrige nur bedingt angetretene Theil der Erbschaft ein überschuldeter Nachlaß sein.

10) Wie es in anderen Gesetzgebungen der Fall ist.

Nachlasse, sondern an den Nachlaß-Gegenständen und ist nur ein dinglicher gleichsam als Pfandrecht behandelter Anspruch [11]).

II. Das Gesetz bedient sich des Ausdruckes: „Konkursverfahren über einen Nachlaß." Der Konkurs ist also über den Nachlaß zu eröffnen und das Verfahren geht nicht gegen die Person des Erblassers, wie dies z. B. der Fall ist, wenn der Gemeinschuldner während des Konkurses stirbt [12]) Es ergibt sich dies nicht blos aus der oben gegebenen juristischen Darlegung, sondern sofort aus einer Betrachtung der Formel des Eröffnungsbeschlusses (vgl. oben Abth. II S. 219), indem gewiß in demselben die Folge des §. 5 der KO. (der Verlust der Befugniß, über das zum Nachlasse gehörige Vermögen zu verfügen) nicht auf den Namen des Verstorbenen lauten wird [13]). Allerdings aber kann es vorkommen, daß auf die Person des früheren Vermögensinhabers zurückgegriffen werden muß. Für die Fragen der Anfechtbarkeit, der Zulässigkeit der Aufrechnung oder der Anwendbarkeit des §. 56 Nr. 4 der KO. wird der Erblasser so angesehen, als ob er noch leben und in Person Gemeinschuldner sein würde [14]).

b. (den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat).

Weder der Ort, wo der Erblasser gestorben ist, noch der Ort, woselbst der Nachlaß sich befindet [15]), entscheidet über die Zuständigkeit zur Einleitung eines Konkurses über den Nachlaß, sondern lediglich der allgemeine Gerichtsstand des Verstorbenen zur Zeit seines Todes. Dasjenige Gericht also, welches das Verfahren hätte eröffnen müssen, wenn über den Verlebten selbst am Tage seines Todes der Konkurs ausgebrochen wäre, hat dieses Verfahren auch über den Nachlaß zu eröffnen. Welches Gericht dies ist, wurde bei §. 64 [16]) besprochen.

Ich zweifle nicht, daß, wenn der Erblasser mehrere allgemeine Gerichtsstände gehabt hat, die Bestimmung des §. 64 Abs. 2, wonach die Prävention für die Zuständigkeit entscheidet, gleichfalls entsprechende Anwendung zu finden hat.

---

11) Vgl. oben Abth. I S. 8 und 545 ff.

12) A. A. Stieglitz S. 697 v. Wilmowski S. 509.

13) Alle Eröffnungsbeschlüsse lauten: „das ꝛc. hat über den Nachlaß des N. N. den Konkurs erkannt." Mir ist keine Ausschreibung vorgekommen dahin lautend: „das ꝛc. hat gegen den verstorbenen N. N. die Eröffnung des Konkurses beschlossen.

14) Vgl. Fitting §. 54 Note 2.

15) Was §. 28 der Civ.-Pr.-O. verlangt, vgl oben Abth. II S. 13 Ziff. 2.

16) Abth. II S. 11 ff.

c. (Die Eröffnung ... setzt die Ueberschuldung ... voraus).

I. Die Rechtsanschauung, welche das Gesetz dazu geführt hat, hier nicht blos alternativ (wie bei der Aktiengesellschaft[17]), sondern ausschließlich die Ueberschuldung als Konkurseröffnungs-Grund aufzustellen, ist in den Motiven[18]) ausführlich erörtert. Da dieselbe zum Verständniß der Bestimmung nicht unwesentlich beiträgt, setze ich sie hieher: „Nach den allgemeinen Ausführungen zu §. 94 der KO. und in den bisher erörterten besonderen Fällen hatte die Konkurseröffnung überall zur Voraussetzung das Vorhandensein einer physischen oder juristischen Person, welche als bleibender Herr eines auf Werth und Umfang veränderlichen Vermögens mit diesem in die Wechselfälle des Verkehrs tritt. Nur ihr gegenüber kann von einer Berücksichtigung der Erwerbsfähigkeit und des Kredits, von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung die Rede sein. Wesentlich anders liegt die Sache bei einem Nachlaß. Mag es sich um eine erblose Verlassenschaft handeln oder mag der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht haben, immer haben die Gläubiger lediglich aus einem von der Person ihres Schuldners losgetrennten Vermögensinbegriff, dessen Schicksal abgeschlossen ist, ihre Befriedigung zu suchen. Für die Frage, ob der Konkurs zu eröffnen, kann daher nur die Suffizienz oder Insuffizienz des Nachlasses entscheidend sein. Im ersten Falle fehlt für die Gläubiger das rechtliche Interesse an einem Konkursverfahren; die gewöhnlichen prozessualen Mittel genügen, ihnen durch die Erben oder den Kurator zu ihrer Befriedigung zu verhelfen. Reicht dagegen der Nachlaß zur Deckung der Schulden nicht aus, so macht sich dem Erben gegenüber der auch dem Separationsrechte der Gläubiger zu Grunde liegende Satz geltend: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Der Nachlaß wird faktisch dem Erben gegenüber zu einer fremden Sache; er hat kein Recht, mit demselben fortzuwirthschaften und denselben zum Gegenstande seiner Spekulationen zu machen. Die Gläubiger sind es in Wirklichkeit allein, welchen der Nachlaß zukommt, da derselbe ausschließlich die Bestimmung hat, zu ihrer gemeinschaftlichen und gleichmäßigen Verwendung zu dienen. Es kann ihnen nicht verwehrt sein, diese ihre Angelegenheit selbst in ihre Hand zu nehmen und zu diesem Ende die Konkurseröffnung herbeizuführen. Dieselbe dient auch zum Schutze des Erben, wo derselbe verpflichtet wäre,

---

17) Vgl. oben Abth. II S. 670 f.

18) Zum I. E. Bd. II S. 41 ff. Zum II. E. S. 452 ff.

bei Befriedigung der Gläubiger die gesetzliche Prioritätsordnung einzuhalten[19]). Deshalb beläßt es das Gesetz bei dem auch gemeinrechtlichen Satze, daß zur Einleitung eines Konkursverfahrens über einen Nachlaß die Insuffizienz desselben Voraussetzung sei".

II. Es fragt sich nun: wie verhält sich das Moment der Zahlungseinstellung zu dieser Voraussetzung der Ueberschuldung? Die vorangeführten Motive sprechen bereits deutlich aus, daß die Zahlungseinstellung der Erben oder des Nachlaßkurators diese Voraussetzung nicht ersetzt, daß vielmehr die Gläubiger im Prozeßwege und mit der Exekution die ihnen zustehenden Ansprüche gegenüber einer solchen Zahlungseinstellung verfolgen müssen. Aber auch eine vor dem Tode stattgehabte Zahlungseinstellung des Erblassers genügt für sich nicht zur Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß. Dies geht daraus hervor, daß §. 114 der Pr. KO., welcher das Entgegengesetzte verfügt[20]), im Gesetze nicht aufgenommen worden ist und zwar, wie aus den Motiven hervorgeht, mit Absicht. „Indessen (wie diese Motive bemerken) hieraus folgt noch nicht, daß in einem Konkurse über einen Nachlaß die bei Lebzeiten erfolgte Zahlungseinstellung des Erblassers völlig bedeutungslos sei. Formell wird dieselbe immer ein erhebliches Moment für den Beweis der Nachlaßinsuffizienz abgeben, und materiell behält sie, wenn es auf Grund der letzten zur Konkurseröffnung kommt, für die Anfechtung der von dem Erblasser oder von den Erben vorgenommenen Dispositionen ihre volle Wirksamkeit". Dieser Satz ist von Wichtigkeit; es ist also, ohngeachtet die Ueberschuldung die Voraussetzung der Konkurseröffnung über einen Nachlaß bildet, dennoch die Voraussetzung der Anfechtung nach §. 23 Ziff. 1 und 2 der KO. nicht die Ueberschuldung, sondern die Zahlungseinstellung[21]). Wenn der Bankier Adam am 20. Juni 1880 der Wechselbank ein Accept auf 10,000 Mark behändigt, am 10. Juli 1880 seine Zahlungen eingestellt, sodann am 12. Juli der erwähnten Wechselbank für den von ihm acceptirten Wechsel zur Sicherung 10 Oesterreichische Bankaktien in Depot gegeben hat, und am 15. Juli gestorben ist, so kann die Wechslerbank der Anfechtungsklage des im Konkurs über den Nachlaß aufgestellten Verwalters nicht entgegnen: „damals als Adam seine Zahlungseinstellung

---

19) Vgl. z. B. Pr. LR. Th. I Tit. 9 §. 452: „Auch die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger muß der Benefizialerbe nur in derjenigen Ordnung leisten, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben".

20) Und zwar anschließend an den Art. 347 des Französischen Fallissementsgesetzes.

21) Ebenso v. Wilmowski S. 511.

erklärte, war er noch nicht überschuldet, er hat dies nur aus Vorsicht gethan, um seine Ueberschuldung aufzuhalten, die Voraussetzung zur Konkurseröffnung über den Nachlaß ist erst eingetreten, nachdem das Depot bereits gegeben war, folglich ist dieses Geschäft nicht anfechtbar". Umgekehrt kann der Verwalter das am 20. Juni gemachte Geschäft nicht anfechten mit der Angabe: „zwar hatte Adam damals seine Zahlungen noch nicht eingestellt, er war aber nachweislich damals schon überschuldet, die Voraussetzung zu dem über seinen Nachlaß ausgebrochenen Konkurs war also damals schon vorhanden und daher ist das zu dieser Zeit geschlossene Geschäft anfechtbar".

In dieser Richtung bleibt der Wortlaut des §. 23 der KO. auch für den Nachlaßkonkurs maßgebend[22]).

d. (Die Eröffnung des Verfahrens wird dadurch nicht gehindert, daß der Erbe noch eine Ueberlegungsfrist hat).

Im Allgemeinen muß sich der Erbe alsbald erklären, ob er die ihm angebotene Erbschaft annehmen oder ausschlagen wolle. Indessen kann ihm unter Umständen auf sein Gesuch eine Frist verwilligt werden[23]), innerhalb welcher er sich den Entschluß überlegen kann. Es gilt nun als Regel[24]), daß der Erbe während dieser Frist auf Forderungen der Erbschaftsgläubiger sich einzulassen und Prozesse fortzusetzen nicht schuldig ist; hieraus könnte man argumentiren wollen, daß auch eine Konkurseröffnung während der genannten Frist ausgeschlossen sei[25]), und dieser irrigen[26]) Folgerung begegnet der §. 204.

---

22) Vgl. die Erläuterungen zu §. 33 oben Abth I S. 488 ff. Ob im vorstehenden Beispiele der §. 29 der A. D. WO. nicht eine andere Entscheidung bedinge, soll hier unerörtert bleiben.

23) Die gemeinrechtliche Lehre in dieser Hinsicht ist nichts weniger als klar. Das Pr. LR. Th. I Tit. IX §. 384 gibt im Allgemeinen zur Erklärung eine Frist von 6 Wochen bezw. 3 Monaten. Nach Bayrischem Landrechte Th. III Kap. I §. 5 und 8 hat der Erbe 30 ganze Jahre Zeit zum Antritte, es sei denn, daß er von anderen Interessenten auf eine positive Declaration getrieben wird, welchenfalls ihm die Obrigkeit einen peremtorischen Termin von einem oder mehreren Monaten anzuberaumen hat. Der Code civil gibt in Art. 795 dem Erben 3 Monate pour faire inventaire. Nach Errichtung des Inventars hat derselbe 40 Tage pour délibérer sur son acception ou sur sa rénonciation.

24) Z. B. c. 22 §. 11 C. de jure delib. (6, 30), dann Pr. LR. a. a. O. §. 386, Code civil art. 797.

25) Eine solche Folgerung zieht die Pr. KO. in §. 324, eine Bestimmung, welche in der Praxis zu großen Nachtheilen geführt hat.

26) Diese Irrigkeit wird vom legislativen und praktischen Standpunkte erörtert in den Motiven zum II. E. S. 445.

e. (Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ..... berechtigt).

Wie oben (lit. a I) erörtert wurde, ist der Antrag auf Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß als solchen jedenfalls zulässig, wenn ein Erbe überhaupt nicht oder noch nicht da ist oder wenn er nur cum beneficio antritt, und es ist ein solcher Antrag keinenfalls zulässig, wenn der Erbe angetreten und den Nachlaß bereits zu seinem Vermögen geschlagen hat. Sofort ergibt sich die Frage: steht den Gläubigern des Erblassers ein Mittel zur Seite, diesen Uebergang in das Vermögen des Erben zu hindern? Gesetzt, die Gläubiger A, B, C, D ꝛc. haben von dem Privatier Möhre in verschiedenen Forderungen zusammen 100,000 Mark zu beanspruchen; am 1. Juli 1880 stirbt Möhre und der Erbe seines auf circa 100,000 Mark sich beziffernden Nachlasses ist dessen Neffe Kaufmann Rübe. Von diesem Rübe weiß man, daß er den Gläubigern a, b, c, d ꝛc. etwa 50,000 Mark schuldet, während sein Vermögen längst auf ein Minimum geschwunden ist und seine offene Insolvenz nur durch die Hoffnung auf Beerbung seines als reich geltenden Onkels aufgehalten wurde. Es ist nun klar, daß es für die Gläubiger A, B, C, D ꝛc. von vitalem Interesse ist, ob sie allein aus dem Nachlasse oder mit den Gläubigern a, b, c, d ꝛc. zusammen aus dem durch den Nachlaß gespeisten Vermögen des Erben ihre Befriedigung zu suchen haben; im ersteren Falle verlieren sie Nichts oder Wenig, im zweiten vielleicht die Hälfte. Allein demohngeachtet glaube ich nicht, daß ihnen eine Befugniß zusteht, den Erben vom Antritte der Erbschaft abzuhalten[27]), so wenig als den Gläubigern eines Erben die Befugniß eingeräumt ist, ihn am Erwerbe einer überschuldeten Erbschaft zu hindern[28]). Aber zweierlei können sie meines Erachtens thun, um sich zu schützen: sie können so rasch die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß beantragen, daß sie der Aushändigung der Erbschaft an den Erben zuvorkommen, und sie können sofort Sicherungsmaßregeln veranlassen, durch welche ihnen das in §. 43 der KO. gewährte Absonderungsrecht an den noch in Natur vorhandenen Erbschaftssachen aufrecht erhalten bleibt[29]).

---

27) Das gemeinrechtliche jus separationis ist das Recht, eine schon angetretene Erbschaft zum Zwecke ihrer Befriedigung (und zwar nicht blos in der Form eines Partikularkonkurses) wieder aus dem gemeinsamen Vermögen des Erben herauszunehmen, nicht das Recht, den Erben vom Antritte abzuhalten.

28) Vgl. oben Abth. I S. 549 lit. d.

29) Vgl. auch noch lit. f.

Was die erste Alternative betrifft, so halte ich jene Bestimmungen des Civilrechtes durch die Konkursordnung nicht für derogirt, welche (wie z. B. das Bayerische Generalmandat vom 30. Oktober 1767) eine Vertheilung bezw. Extradition der Erbschaft vor Befriedigung oder Sicherstellung der Kreditoren und Vermächtnißnehmer verbieten.

f. (jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger).

„Aus der Selbständigkeit des Nachlasses und des Nachlaßkonkurses folgt die Unabhängigkeit des Rechts auf Konkurseröffnung von dem in §. 43 der KO. bestimmten Absonderungsrechte. Auch derjenige Nachlaßgläubiger, welcher ein Absonderungsrecht nicht würde geltend machen können [30]), ist daher befugt, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, wenn er seine Forderung und die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft macht." (Motive).

Wie steht es nun mit den Vermächtnißnehmern? Daß diejenigen Legatare, welche nach Civilrecht Eigenthum an der vermachten Sache erworben haben, ihr Aussonderungsrecht nicht verlieren, aber eben deshalb auch kein Konkursantrags-Recht haben können, versteht sich ohnehin. Den andern läßt sich entgegenhalten:

1) daß das Gesetz in §. 43 die Nachlaßgläubiger und die Vermächtnißnehmer nebeneinander nennt, in §. 205 aber nur die ersteren als antragsberechtigt aufführt, sonach die anderen ausschließt,

2) daß §. 56 Ziff. 4 die Forderungen der Vermächtnißnehmer aus einer Freigebigkeit von Todeswegen vom Konkursverfahren ausschließt [31]),

3) daß der Konkurs über einen Nachlaß nur eingeleitet werden kann, wenn eine Ueberschuldung desselben besteht, in solchem Falle aber für die Legatare ohnehin Nichts vorhanden ist [32]).

Dies ist Alles schön und gut.

Wie aber nun, wenn sich die Sache so stellt, daß der Nachlaß reicht, um alle Schulden und Vermächtnisse zu zahlen, daß aber, wenn der überschuldete Erbe die Erbschaft in sein Vermögen bringt, die Vermächtnißnehmer durchfallen würden? Müssen sie sich dies gefallen lassen? Das heißt: wer geht vor beim Zugriff auf eine Erbschaft, die Vermächtnißnehmer oder die Gläubiger des Erben? Ich habe nicht den mindesten

---

30) Denn dieses Absonderungsrecht ist (vgl. oben Abth. I S. 549 lit. d) an mehrfache Voraussetzungen geknüpft.

31) Stieglitz S. 700; v. Wilmowski a. a. O S. (333) 512.

32) Hullmann a. a. O. S. 353.

Zweifel, daß die Legatare vorgehen; die Vermächtnißnehmer, soweit sie nicht als Eigenthümer der vermachten Sachen erscheinen, sind unzweifelhaft in diesem Sinn Nachlaßgläubiger, so gut wie jeder andere Forderungsberechtigte. Wenn freilich ein Konkurs ausgebrochen ist, können sie vermöge der singulären Vorschrift des Gesetzes[33]) nicht am Verfahren sich betheiligen. Aber dagegen, daß ein solcher Konkurs ausbricht, muß den Legataren Schutz gewährt werden. Freilich kann er nicht in der Befugniß gefunden werden, welche oben (S.709) den eigentlichen Nachlaßgläubigern zugesprochen wird, nämlich in der, so rasch die Konkurseröffnung zu beantragen, daß die Vermengung der beiderseitigen Vermögen verhütet wird; denn im Konkurse wären ja die Vermächtnißnehmer ausgeschlossen. Sie müssen sich also jenes Rechtsmittels bedienen, welches das Gemeine Recht unter dem Namen separatio bonorum kennt und welches ohngeachtet des geschehenen Erbschaftsantrittes ein Getrennthalten der beiden Vermögen (des ererbten und desjenigen des Erben) möglich macht. Ein Erkenntniß des Ob.-App.-Ger. zu Darmstadt[34]) sagt: „die Befugniß, eine Trennung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben zum Zwecke einer Befriedigung der an dem Nachlasse haftenden Ansprüche zu erlangen, ist auch in dem Falle für gesetzlich begründet zu erachten, wenn das Vermögen des Erben nicht mit Schulden belastet oder überschuldet ist". Indessen nachdem das Institut der separatio bonorum immerhin etwas controverser Natur ist, erscheint es als Aufgabe der Landesgesetzgebung, einstweilen hier nachzuhelfen[35]).

g. (berechtigt).

Die Rechte des Gemeinschuldners zu Anträgen und Erklärungen im Konkurse stehen der Gesammtheit der Erben zu; ausnahmsweise kann indessen jeder einzelne Erbe, sofern er die Ueberschuldung glaubhaft macht, den Antrag auf Konkurseröffnung stellen.

Was die Pflichten des Gemeinschuldners betrifft, so wird zu unterscheiden sein. Der Erbe, welcher gar nicht oder doch nur unter Vorbehalt angetreten hat, kann meines Erachtens nicht so behandelt werden, als ob

---

33) Vgl. oben Abth. I S. 653.

34) Seuffert's Archiv, Bd. II nr. 312. Ebenso das OAG. zu München in den Bl. für RA. Bd. XXIII S. 289 ff.

35) Das Bayerische Gesetz zur Ausführung der Civilprozeß- und Konkursordnung behandelt die Frage in Art. 86 und erklärt die Anordnung der Absonderung als eine auf dem bürgerlichen Rechte beruhende „einstweilige Verfügung" im Sinne des §. 16 Ziff. 4 des Einführungsgesetzes zur Reichsprozeßordnung.

er selbst zahlungsunfähig wäre. Ich glaube daher nicht, daß die §§. 92 und 93 gegen die Erben Anwendung finden können. Daß die Erben ohne Erlaubniß des Gerichts sich nicht vom Wohnsitze entfernen dürften, wird ohnehin nicht wohl behauptet werden. Aber ich wüßte auch nicht, weshalb dadurch, daß mich der Privatier Filucius zu seinem Erben einsetzt, mir die Pflicht, einen Eid über den Vermögensstand des Filucius zu leisten oder Aufschluß über dessen mir möglicherweise ganz unbekannten Verhältnisse zu ertheilen, erwachsen sollte? [36]) Die Analogie zwischen den Erben und den Gesellschafts-Vorständen u. bez. Liquidatoren kann ich nicht anerkennen [37]); denn diese letzteren führen ja die Geschäfte des Gemeinschuldners und erstere haben sie bis zur Zahlungsunfähigkeit geführt; sie sind also in der Lage, Auskunft zu geben. Der Erbe ist dagegen ein außerhalb des in der Gant begriffenen Vermögens Stehender; er bekommt nur, was übrig bleibt, — wenn Etwas übrig bleibt; weitere Beziehungen zum überschuldeten Nachlaß hat er nicht und hatte er auch vorher nicht. Er hat ihn auch gar nicht im Besitz gehabt. Sonach schließe ich aus der Ablehnung des im Entwurf der Gemeinschuldordnung enthalten gewesenen Satzes [38]), daß die Erben zur Leistung des Offenbarungseides, zur Auskunftertheilung u. s. w. zwar soweit verpflichtet sind, als das bürgerliche Recht ihnen eine solche Pflicht auferlegt, daß aber die in der Konkursordnung für einen Gemeinschuldner gegebenen Vorschriften auf sie, da sie nicht der Gemeinschuldner sind, keine Anwendung finden.

h. (zu hören).

Geht ein Antrag auf Konkurseröffnung von allen Erben oder Nachlaßvertretern aus, so bedarf es keiner Glaubhaftmachung der Ueberschuldung. Ist dies nicht der Fall, so findet auch hier dieselbe Vorschrift statt, welche hinsichtlich der Vorstände einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft sowie hinsichtlich der persönlich haftenden Gesellschafter und Liquidatoren gegeben ist. Vgl. oben zu 194 Abth. II S. 673.

i. (geschlossen werden).

Daß auch über einen Nachlaßkonkurs ein Zwangsvergleich geschlossen werden kann, ist bezweifelt worden, „weil das praktische Motiv, welches den Hauptzweck des Akkordes bildet, die Absicht, den Gemeinschuldner baldigst seiner Erwerbs- und Geschäftsthätigkeit zurückzugeben, nach dem

---

36) Fitting §. 56 Note 12, Hullmann S. 353, Stieglitz S. 701, v. Sarwey S. 865 und v. Wilmowski S. 512 stellen die Erben völlig den Vorständen und Liquidatoren einer Aktiengesellschaft gleich.

37) Obwohl in der Berathung der Regierungskommissar dies gethan.

38) Vgl. oben §. 194 Note 21.

Tode desselben selbstredend hinwegfalle." Das Gesetz hat deshalb den Zweifel durch eine ausdrückliche Bestimmung ausgeschlossen.

Im Uebrigen trifft hinsichtlich der Stellung der mehreren Erben oder Nachlaßvertreter Alles zu, was bei §. 200 lit. b bezüglich der mehreren Gesellschafter bemerkt wurde. Vgl. oben Abth. II S. 691.

III. Konkurs über ausländische Schuldner.

§. 207.

Verhältniß des ausländischen Konkurses zur Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen.

III. Besitzt [a]) ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande [b]) ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände [c]) im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig [d]).

Ausnahmen von dieser Bestimmung [e]) können unter Zustimmung des Bundesraths durch Anordnung des Reichskanzlers [f]) getroffen werden.

I. E. §. 219, 220; II. E. §. 207; Pr. H. G. Art. 946; Pr. KO.; B. Pr. O. —

a. (Besitzt).

Das Wort „besitzt" wird hier (wie an anderen Stellen [1]) nicht im juristischen, sondern im landläufigen Sinne gebraucht, und bedeutet eigentlich „im Eigenthum haben".

b. (im Auslande).

Als „Ausland" ist nur das außerdeutsche Gebiet zu betrachten, vgl. oben Abth. I S. 115.

c. (Vermögensgegenstände).

Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob das Vermögen, welches der ausländische Kridar im Inlande besitzt, Mobilien oder Immobilien in sich faßt. Auch der Besitz von Immobilien rechtfertigt nicht an und für sich die Einleitung eines sog. Partikularkonkurses über denselben [2]).

---

1) Z. B. in §. 107, vgl. Abth. II S. 232 Note 20.

2) Vgl. Erläut. zu lit. a von §. 208.

d. (so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig).

I. Die Verhältnisse eines im Auslande schwebenden Konkurses zu dem im Inlande befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners bewegen sich auf dem Gebiete des internationalen Privatrechtes. In Folge hievon theilt ihre Beurtheilung das Schicksal aller Fragen dieses Rechtes, welches sich von der äußersten Exklusivität territorialer Anschauung bis zu einer fast kosmopolitischen Gleichmachung bewegt. Während ehedem ganz allgemein angenommen war, daß der Konkurs im Auslande den inländischen Richter Nichts angehe, daß das im Inlande befindliche Vermögen lediglich den inländischen Gläubigern zu reserviren sei, daß man jeden Zugriff darauf, sei es von Seite ausländischer Gerichte oder ausländischer Gläubiger, auf das Strengste zurückweisen müsse, haben die erweiterten Verkehrs- und Kreditverhältnisse, welche sich längst nicht mehr an den Unterschied von In- und Ausland halten, dazu geführt, daß nunmehr auch der ausländischen Gerichtsthätigkeit nahezu volle Anerkennung im Inlande gewährt wird. So ist es zur Zeit — wenn auch (wie die Motive mit Recht bemerken) Theorie und Praxis über die Lehre noch nicht völlig einig ist [3]) — als communis opinio oder wenigstens als Meinung der überwiegenden Mehrheit der Rechtsgelehrten anzusehen, daß, falls im Auslande über einen Ausländer ein Konkursverfahren eingeleitet ist, die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Fähigkeit sein Vermögen zu verwalten und vor Gericht aufzutreten [4]), die Legitimation des Konkursverwalters und der Umfang seiner Funktionen, die Frage der materiellen Voraussetzungen und Formen

---

3) Die Motive geben folgende Literatur: v. Savigny, System des h. R. Rechts Bd. VIII S. 286 ff; v. Bar, internationales Privatrecht S. 462; Story, commentaries of the conflicts of laws §§. 335, 338 ff., 408; Foelix, traité du droit international Bd. I Nr. 119, Bd. II Nr. 308, 468, 538.

4) Dies wird indessen auch bestritten. v. Sarwey S. 870 meint, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung setze voraus, daß die im Auslande erfolgte Konkurseröffnung ohne Wirkung bezüglich der Exekution sei. Folgerichtig müsse der im Auslande unter Konkursstehende Schuldner, auch wenn er nach dem Rechte des auswärtigen Staates nicht dispositions- und prozeßfähig sei, insoweit es sich um sein inländisches Vermögen handelt, dispositions- und prozeßfähig sein." Mit Recht wird hiegegen von Petersen S. 510 und v. Wilmowski S. 514 eingewendet, daß in solchem Falle der §. 207 lauten müßte: „Das im Auslande eröffnete Konkursverfahren sei für das im Inlande liegende Vermögen ohne Belang." Dies sei aber gar nicht beabsichtigt, sondern nur die Zwangsvollstreckung sei den inländischen Gläubigern gewahrt.

der Eröffnung und Beendigung des Verfahrens, die Bestimmungen, wann und wie zu liquidiren, zu präkludiren, zu akkordiren sei, endlich, welchen Einfluß die Konkurseröffnung auf die Rechtsverhältnisse des Schuldners ausübe, — daß alles dieses sich nach dem Recht des Konkursgerichtes bestimme. Nur bei dinglichen Rechten an den im Inlande befindlichen Vermögensstücken richtet sich die Verfolgung nach dem Rechte des Ortes der belegenen Sache. Wegen persönlicher Forderungen haben die inländischen Gläubiger des Ausländers ihre Befriedigung bei dem Konkursgerichte des Auslandes nach dortigem Rechte zu suchen, ebenso wie ausländische Gläubiger im Konkurse eines Inländers den inländischen Gläubigern gleich behandelt werden [5]), und es muß — falls der im Auslande eröffnete Konkurs das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt — auch das im Inlande befindliche Vermögen desselben zur ausländischen Konkursmasse gezogen werden.

Das Gesetz hat diesen in den Motiven ausführlich dargelegten Grundsatz ausdrücklich nicht ausgesprochen; es hat indessen auch nirgends die Ausfolgelassung inländischen Vermögens des Gemeinschuldners verboten. Sonach wird der ausländische Konkursverwalter, soferne er sich in genügender Weise legitimirt [6]), nicht gehindert sein, dem §. 107 der KO. entsprechend sich in den Besitz des inländischen Vermögens des Gemeinschuldners zu setzen [7]).

II. Nur eine Beschränkung stellt das Gesetz auf, welche von den Motiven [8]) durch Hinweis auf §. 24 der Civ.-Pr.-O. [9]) begründet wird. „Der von diesem Paragraphen gegen Ausländer zugelassene allgemeine Gerichtsstand des Vermögens soll die inländischen Gläubiger schützen, vorzugsweise dadurch, daß die im Inlande vorhandenen Vermögensgegen-

---

Aber hiebei müsse eben der Gemeinschuldner sich durch jene Personen vertreten lassen, welche ihn auch im Auslande vertreten.

5) Nach §. 4 der KO.

6) Diese Legitimation wird, wie ich glaube, nicht nach den Grundsätzen zu prüfen sein, nach welchen die Vollstreckbarkeit ausländischer Gerichtsurtheile sich bemißt, sondern nach dem in §. 403 der Civ.-Pr.-O. für die Anerkennung ausländischer Urkunden aufgestellten Prinzipe.

7) Ueber die Anwendung dieser Sätze auf das Wechselrecht vgl. die Erk. des ROHG. in der Sammlung Bd. II S. 13, 68 u 73, VII S. 110 u. XI S. 9 u. 11.

8) Zum II. E. S. 458.

9) Dieser §. 24 lautet: „Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben . . . . befindet.

stände als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können". Der vorstehende §. 207 bestimmt nun, daß eine ausländische Konkurseröffnung die im Inlande betriebene Zwangsvollstreckung weder hindern noch entkräften könne; es enthält also hier das Gesetz eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 11 der KO., indem es verfügt, daß die Unstatthaftigkeit von Zwangsvollstreckungen am Vermögen eines Gemeinschuldners zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger durch ein im Auslande eröffnetes Konkursverfahren nicht bewirkt werde.

Die Sachlage ist sonach folgende: 1) wird im Auslande über eine Person der Konkurs eröffnet, die im Inlande Vermögen besitzt, so ist an sich der Konkursverwalter nicht gehindert, dieses Vermögen zur Konkursmasse zu ziehen. Ist aber bereits eine Zwangsvollstreckung an Gegenständen vollzogen, welche zu diesem Vermögen gehören, so kann er nur unter Anerkennung der hiedurch erworbenen Rechte der Exequirenden vorgehen, das heißt, er kann nur das zur Konkursmasse ziehen, was nach Befriedigung der Forderung, für welche Zwangsvollstreckung erwirkt ist, übrig bleibt.

2) Hat er die Gegenstände zur Konkursmasse gezogen und sie nicht faktisch in das Ausland geschafft [10]), so kann auch nachträglich von Gläubigern noch Zwangsvollstreckung an denselben erwirkt werden. Da aber die Hereinziehung in die Konkursmasse selbst schon eine Art Zwangsvollstreckung ist, so wird wohl der §. 710 der Civ.-Pr.-O. hier in Anwendung zu kommen haben [11]).

III. Es läßt sich nun fragen: wie weit erstreckt sich die Tragweite des §. 207 Abs. 1, und zwar in zweifacher Richtung:

A. ist unter dem Worte „Schuldner" nur ein ausländischer Schuldner gemeint oder tritt die Bestimmung auch ein, wenn ein Inländer im Auslande in Konkurs erklärt wird, und

B. soll das Recht der Zwangsvollstreckung nur Inländern oder auch Ausländern gewährt sein?

Ich glaube, daß in beiden Richtungen sowohl Inländer wie Ausländer unter die Bestimmung fallen. Denn wenn, was die erste Frage betrifft, die KO. der über den Ausländer berechtigten Jurisdiktion des

---

10) Was bei Immobilien natürlich nie möglich ist.

11) Dies ist indessen sehr zweifelhaft; das Gesetz macht keinen Unterschied hinsichtlich der Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung und es spricht daher sehr viel dafür, daß, wenn nicht eine förmliche Ansichnahme erfolgt ist, wenn nicht der Konkursverwalter oder ein Dritter für ihn die Sache faktisch „in Händen hat", die Zwangsvollstreckung ganz ungehindert ist.

Auslandes nicht unbedingte Anerkennung gewährt, so kann sie dies offenbar noch weniger, wenn diese Jurisdiktion über einen Inländer geübt wird [12]). Die zweite Frage betreffend, so ist die Bestimmung in §. 207 Abs. 1 allerdings (wie schon bemerkt) durch Rücksichtnahme auf die inländischen Gläubiger primär bedingt. Allein es besteht kein genügender Grund, denselben Schutz nicht auch den Ausländern angedeihen zu lassen [13]); jedenfalls macht der Wortlaut des Gesetzes keinen Unterschied [14]).

c. (Ausnahmen von dieser Bestimmung).

So wie der Wortlaut des Gesetzes ist, wäre die Befugniß zu einer Ausnahme nur dahin gegeben, daß die Bevorzugung der Einzelexekution, wie sie der erste Absatz gewährt, beseitigt werden könne, so daß die im Inlande befindlichen Vermögensbestandtheile eines Ausländers dem Zugriffe der inländischen Gerichte völlig entzogen und lediglich das Konkursgericht des Auslandes als zuständig zur Verfügung über dieselben erklärt würde. Die Hauptbedeutung des zweiten Absatzes geht auch dahin. Allein nachdem, wie oben erörtert, der erste Absatz zugleich durch das, was er nicht sagt, die gesammte Stellung des ausländischen Konkursverfahrens berührt und stillschweigend mit einziger Ausnahme des Fortganges der Einzelexekutionen die Herrschaft des ausländischen Richters auch über das inländische Vermögen eines Kridars anerkennt, so muß die Befugniß Aus-

---

12) Es ist hier der Fall supponirt, daß z. B. ein Bayer in der Schweiz seinen ständigen Wohnort, aber etwa in München oder Augsburg Vermögensgegenstände liegen hat. Hat der Inländer auch im Inlande einen Wohnsitz, so findet ohnehin die Konkurseröffnung im Inlande gegen ihn statt, und wenn hier nicht Staatsverträge in Mitte liegen, weicht die inländische Jurisdiktion der konkurrirenden ausländischen nicht, da §. 64 Abs 2 der KO. selbstverständlich nur die inländischen Gerichte im Auge hat. Hat vollends der Inländer nur im Inlande einen Wohnsitz, so erkennt das Gericht die im Auslande verfügte Konkurseröffnung überhaupt nicht an.

13) Dies wurde von Dr. Zimmermann (K. Prt. S. 198) betont.

14) Die Vorschrift erlitt in der Berathungskommission schwere Angriffe Seitens des Abg. Dr. Zimmermann (vgl. K. Prt. S 196–200). Er hob hervor, welche Mittel zur Benachtheiligung reeller Gläubiger in dieser Bestimmung liegen, wogegen aber Reg.-Rath Hagens auf das Anfechtungsrecht hinwies. Einen besonders praktischen Grund für das Gesetz hob mit gewohntem Scharfsinne Appellationsgerichtsrath Dr. Hauser hervor, indem er darauf hinwies, daß außerdem vor jeder Vollstreckung der Beweis gefordert werden müßte, daß der Vollstreckungsbeklagte sich nicht irgendwo außerhalb Deutschlands im Konkurse befinde.

nahmen zu verfügen meines Erachtens auch dahin ausgedehnt werden, daß die Reichsregierung im Retorsionswege dieses zu ändern vermag [15]). Hiebei kann die Retorsion natürlich in verschiedenem Umfange geübt werden. Es kann die Ausnahmsverfügung dahin gehen, daß den ausländischen Gläubigern gar kein Recht am inländischen Vermögen zugestanden wird [16]), oder daß sie hinter den Inländern zurückzustehen haben. Es kann aber auch nur bestimmt werden, daß, soferne Angehörige dieses oder jenes Staates in ihrem Lande in Konkurs erklärt werden, über das im Inlande befindliche Vermögen derselben von dem inländischen Gerichte ein selbständiger Konkurs eröffnet werden solle, in welchem dann nach §. 4 der KO. die ausländischen Gläubiger mit den inländischen wieder gleich stehen.

f. (unter Zustimmung des Bundesrathes durch Anordnung des Reichskanzlers).

Die Voraussetzung für die Ausnahmsverfügung nach §. 207 ist identisch mit jener der Retorsion nach §. 4 [17]). Insoweit Staatsverträge bestehen oder geschlossen werden, welche solche Ausnahmen enthalten, liegt die Anordnung des Reichskanzlers bereits in der Publikation dieser Verträge.

---

§. 208.

Konkurs am Niederlassungsorte.

Ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners [a]), welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat [b]), findet statt [c]), wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden [d]).

Dasselbe gilt, wenn ein Schuldner, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inlande ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaftet [e]).

---

15) Das Retorsionsrecht wurde bei der in Note 14 citirten Debatte gleichfalls sehr angegriffen, indessen hielt die Mehrheit dasselbe für unentbehrlich.

16) Dies würde wohl nur dann verfügt werden, wenn ein anderer Staat die Deutschen Gläubiger ganz rechtlos stellen würde.

17) Vgl. oben Abth. I S. 118 ff.

Für das Verfahren ist das Amtsgericht ausschließlich [f]) zuständig, in dessen Bezirke die Niederlassung oder das Gut sich befindet [g]).

Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet [h]), so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit [i]) zur Eröffnung des inländischen Verfahrens.

I. E. §. 216, 217; II. E. §. 208; Pr. H. G. Art. 945; Pr. KO. §§. 292 ff.; B. Pr. O. §. 8 Ziff. 5 u. 7.

a. (Ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners).

Der vorstehende Paragraph enthält nicht blos (wie die Motive zum II. E. S. 458 sagen) [1]) eine „scheinbare" Ausnahme von dem internationalen Rechtsprinzipe, sondern eine wirkliche Abweichung. Während nemlich als Regel gilt [2]), daß über einen Schuldner, welcher seinen allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland nicht hat, auch wenn über ihn vom Gerichte seines Wohnortes oder von einem anderen ausländischen Gerichte der Konkurs erkannt wird, doch im Inlande kein selbständiger Konkurs zu eröffnen, sondern sein etwa im Inlande befindliches Vermögen (vorbehaltlich des Fortganges der Zwangsvollstreckung in dasselbe auf Antrag von Gläubigern) dem ausländischen Konkursgerichte zu überlassen sei, bestimmt §. 208, daß in den Fällen, die er hervorhebt, allerdings im Inlande das Verfahren über das inländische Vermögen eines Ausländers durchgeführt werden müsse.

Das Gesetz spricht hier kategorisch; es läßt eine Ausnahme nicht zu. Daher können zwar Staatsverträge, soferne sie mit Gesetzeskraft bekleidet werden [3]), den Gerichtsstand des Handels- oder Geschäftsetablissements für den Konkurs außer Kraft setzen, nicht aber kann solches durch blos bundesräthliche Verordnung geschehen [4]).

b. (welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat).

Es sagt das Gesetz nicht: welcher im Deutschen Reiche keinen „Wohn-

---

1) Die Motive zum I. E. erkennen das Vorhandensein einer Ausnahme an; überhaupt scheint mir die Fassung dieser Materie im I. E. deutlicher und systematischer als die des Gesetzes.

2) Und diese Regel folgt mittelst des argumentum e contrario aus §. 208. Es wäre deshalb eigentlich zu lesen: „findet nur statt".

3) Als lex specialis, welches der allgemeinen gesetzlichen Regel vorgeht.

4) Dies wäre ohnehin eine Retorsion — so zu sagen: „ex bona mente".

sitz" hat [5]). Einem Deutschen gegenüber kann also der selbständige Konkurs des §. 208 nur dann eröffnet werden, wenn er in Deutschland keinen Wohnsitz, keinen Aufenthaltsort hat und auch nie einen Wohnsitz in Deutschland gehabt hat [6]).

c. (findet statt).

Sobald die Voraussetzung des §. 208 gegeben und daraufhin ein Konkurs eröffnet ist, findet die Konkursordnung in allen Theilen Anwendung; es ist ein „Universalkonkurs" über das inländische Vermögen, wie jeder andere [7]). Nur die in Abs. 3 und 4 dieses Paragraphen erwähnten Besonderheiten sind zu beachten.

d. (wenn derselbe . . . . . . eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden).

Diese Bestimmung schließt sich an den §. 22 der Civ.=Pr.=O. an, welcher sagt: „Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet". Nothwendige Folge hievon ist, daß bei einer Zahlungsunfähigkeit dort auch der Konkurs verhandelt werden muß.

Ob die Niederlassung ein „Handelsetablissement" oder eine sonstige Geschäftsniederlassung bildet, ist gleichgiltig. Das Kriterium für die Selbständigkeit der Niederlassung bildet nicht die Ausstattung derselben mit besonderen Fonds, sondern als Voraussetzung ist erklärt der Betrieb selbständiger Geschäfte und zwar unmittelbar von der Niederlassung aus. Daß diese Geschäfte sich auf das Etablissement beziehen, ist nicht gefordert; aber vom Etablissement aus müssen sie geführt werden. Es muß also diejenige Person, welche die Niederlassung leitet, diese Geschäfte sei es auf eigenen Namen sei es auf des Namen des Eigenthümers [8]) oder im Namen der Firma des Etablissements schließen; eine bloße Geschäftsvermittlung (z. B. Seitens einer Agentur) und dergleichen begründet das selbständige Konkursforum nicht.

---

5) Vgl. hierüber oben Abth. II S. 11 ff.

6) Vgl. §. 18 der Civ.=Pr.=O. In der Regel wird ein solches Etablissement nicht, ohne zugleich Wohnort oder Aufenthaltsort zu sein, bestehen.

7) Vgl. Abth. I S. 9.

8) Ob dieser Eigenthümer eine physische Person, eine Gesellschaft u. s. w. ist, erscheint irrelevant, vgl. Hellmann, Kommentar zur Civ.=Pr.=O. Bd. I S. 111.

e. (Dasselbe gilt, wenn ein Schuldner . . . . . ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut . . . . bewirthschaftet).

I. Dieser Absatz entspricht dem Abs. 2 des §. 22 der Civ.-Pr.-O. Derselbe bezieht sich nicht blos auf Ausländer, es kann auch für einen Deutschen dieser Gerichtsstand begründet sein, soferne er weder einen Wohnsitz im Inlande hat oder gehabt hat, noch auch in Deutschland sich aufhält[9]). Die Anwesenheit am Orte des Geschäftsbetriebes erscheint auch hier also nicht als Voraussetzung zur Eröffnung eines selbständigen Konkurses, da Jemand offenbar auch durch einen Anderen[10]) „bewirthschaften" kann. Ob er als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter[11]) bewirthschaftet, wird vom Gesetze nicht beachtet.

II. Der Paragraph verbindet „Wohngebäude" mit den „Wirthschaftsgebäuden" durch die Kopula „und". Dies ist indessen nicht so zu verstehen, als müßten ein separirtes Wohnhaus und eigene Wirthschaftsgebäude auf dem Gute sich befinden. Wenn im Oekonomiegebäude zugleich einige Zimmer für den Geschäftsbetreibenden sich befinden, genügt solches vollkommen. Ebenso wenn im Wohnhause Stall und Scheune sich befindet. Ja wenn z. B. das Gut ein Waldgut ist, und es befindet sich ein Forsthaus in demselben, in welchem der Eigenthümer und dessen Förster wohnt, so ist dies zugleich ein für diese Art der Gutsbewirthschaftung vollkommen genügendes Wirthschaftsgebäude[12]). Ausgeschlossen ist nur einestheils das bloße Vergnügungsgut (z. B. Garten mit Villa), anderntheils der einfache Grundbesitz (z. B. Wiesen mit einem Schupfen zur Bergung des Heues u. dgl.).

III. Für Klagen außerhalb des Konkurses wird zur Begründung des Gerichtsstandes gefordert, daß sie auf Rechtsverhältnisse sich beziehen, welche die Bewirthschaftung des Gutes betreffen, z. B. Anschaffung von Werkzeugen, Stoffen u. s. w. zu Wirthschaftszwecken, Herstellung und Einrichtung von Wirthschaftsgebäuden, endlich Absatz der Produkte und dergleichen[13]). Dies darf auf den Konkurs nicht übertragen werden.

---

9) Faktisch wird freilich solch eine Kombination selten vorkommen.

10) Z. B. Verwalter, Inspektoren u. s. w.

11) Der „Afterpächter" ist auch „Pächter"; das Verhältniß zwischen dem ersten Pächter und seinem Pächter tangirt das Geschäftsverhältniß als solches nicht. Anderer Meinung ist Hellmann a. a. O. S. 112.

12) Denn alle Materialien zum Betriebe sind ja darin untergebracht, die Gewehre, die Hunde, die Holztabellen, die Register, Pläne, Kataster; und sonst braucht es Nichts zur Forstbewirthschaftung.

13) Wernz, Kommentar zur Bayer Gerichtsordnung zu Art. 26 Bd. I S. 62.

Sobald die in §. 208 Abs. 2 (und auch Abs. 1) aufgestellte Voraussetzung zur Eröffnung eines selbständigen Konkurses gegeben ist, können an demselben alle persönlichen Gläubiger sich betheiligen. Gesetzt, Mr. Beefsteak, Privatier aus London, besitzt ein Oekonomiegut in Reichenhall und kommt in Konkurs, so kann sich in demselben auch Herr Queroy in München mit seiner Forderung für von Mr. Beefsteak mit Begleitung auf der Durchreise verzehrte zwölf Dutzend Natives melden, obwohl diese Landsleute des Kridars mit seiner Gutsverwaltung nicht im mindesten Zusammenhange stehen.

f. (ausschließlich).

Vgl. oben Abth. II S. 14.

g. (in dessen Bezirk die Niederlassung oder das Gut sich befindet).

I. Wenn die Niederlassung oder das Gut in mehreren Amtsgerichts-Bezirken vertheilt ist, so entscheidet der Ort der Hauptniederlassung oder bei dem Gute der Ort, wo sich das Wohngebäude befindet.

II. Das Gesetz sagt: „befindet", nicht „befunden hat". Das Konkursforum des §. 208 hängt also von der fortdauernden Existenz der Voraussetzung ab. Wenn die Niederlassung oder das Gut zur Zeit der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr besteht, so ist der Umstand, daß die Schulden, wegen derer die Konkurseröffnung beantragt werden will, aus der Zeit der früheren Niederlassung oder Bewirthschaftung herrühren, irrelevant. Dagegen hört natürlich die Zuständigkeit nicht auf, wenn nach eröffnetem Verfahren das Eigenthum veräußert oder das Verhältniß der Bewirthschaftung aufgelöst wird.

h. (Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet).

Der in §. 205 normirte Gerichtsstand des Konkurses ist kein forum concursus particularis im eigentlichen Sinne; es wird vielmehr allgemein für den Fall einer besonderen Sachlage ein forum gegeben. Es kann also auch dann, sei es über einen Inländer oder über einen Ausländer, der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand, aber ein Handels-, Gewerbe- oder Gutsbewirthschaftungs-Etablissement hat, der Konkurs beim Amtsgerichte dieses Niederlassungsbezirkes eröffnet werden, wenn im Auslande kein Konkursverfahren anhängig ist.

i. (so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit).

Die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die Voraussetzungen der Eröffnung und über die Durchführung des Konkurses kommen auch in dem in §. 208 supponirten Falle zur Geltung [14]). Nur eine beson-

14) Motive zum II. E. S. 459.

dere Bestimmung ist durch die Natur der Sache geboten. Wenn bereits im Auslande das Konkursverfahren über das Hauptvermögen des Schuldners eröffnet ist, verlangt das Gesetz von dem Antragsteller, dem Gläubiger, welcher bei dem Gerichtsstande des Etablissements einen selbständigen Konkurs hervorrufen will, einen Beweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht. Es genügt der Nachweis der Anhängigkeit eines Verfahrens im Auslande. Dagegen ist dem Gemeinschuldner, wenn er selbst die Einleitung eines Konkurses über das im Inlande belegene Vermögen beantragt, die in §. 96 der KO. vorgeschriebene Vorlage des Gläubigerverzeichnisses und der Uebersicht seiner Vermögensmasse nicht erlassen.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.